
ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ЦЕНТР ЧАСТНОГО ПРАВА
ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

КОДИФИКАЦИЯ РОССИЙСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Под редакцией
Д.А. МЕДВЕДЕВА



**ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ЦЕНТР ЧАСТНОГО ПРАВА
ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

КОДИФИКАЦИЯ РОССИЙСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

**Под редакцией
Д.А. МЕДВЕДЕВА**

Сведения об авторах:

Витрянский Василий Владимирович - заместитель Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации.

Головина Светлана Юрьевна - заведующая кафедрой трудового права Уральской государственной юридической академии, доктор юридических наук, профессор.

Гонгало Бронислав Мичиславович - заведующий кафедрой гражданского права Уральской государственной юридической академии, руководитель Уральского отделения Российской школы частного права, доктор юридических наук, профессор.

Крашенинников Павел Владимирович - председатель Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, ректор Российской школы частного права, доктор юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации.

Маковский Александр Львович - первый заместитель председателя Совета Исследовательского центра частного права, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации.

Медведев Дмитрий Анатольевич - первый заместитель Председателя Правительства Российской Федерации, кандидат юридических наук.

Михеева Лидия Юрьевна - консультант Исследовательского центра частного права, доктор юридических наук, профессор.

Решетникова Ирина Валентиновна - председатель Арбитражного суда Свердловской области, доктор юридических наук, профессор.

Суханов Евгений Алексеевич - заведующий кафедрой гражданского права юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации.

Чубаров Вадим Витальевич - заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук.

Яковлев Вениамин Федорович - советник Президента Российской Федерации, председатель Совета Исследовательского центра частного права, доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент Российской академии наук, заслуженный юрист РСФСР.

В предлагаемой вниманию читателей книге подводятся итоги многолетней кодификационной работы, анализируются перспективы системного развития сферы частного права, актуальные проблемы его теории и применения. Ее издание является продолжением совместных проектов издательства "Статут" по публикации исследований правовых феноменов, имеющих решающее значение для построения в России правового государства. Именно такую роль для России, которая принадлежит к странам романо-германской правовой семьи, играет кодификация законодательства, составляющего систему частного права.

Коллектив авторов, издательство надеются, что книга будет востребована правоведами, законодателями, участниками гражданского оборота, а также читателями самых разных гуманитарных интересов.

Председатель Комитета по гражданскому,
уголовному, арбитражному и процессуальному
законодательству Государственной Думы
Федерального Собрания Российской Федерации,
ректор Российской школы частного права
П.В.Крашенинников

Директор
ООО "Издательство "Статут"
Л.Г.Долгов

**НОВЫЙ ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ:
ВОПРОСЫ КОДИФИКАЦИИ**

История кодификации гражданского законодательства.
Необходимость современной кодификации
гражданского права в России

Современные экономические отношения не могут существовать хаотично, вне рамок правового регулирования. Развитие гражданского оборота России в условиях рыночной экономики требует построения эффективной нормативно-правовой основы, адекватно отражающей потребности общества и прежде всего хозяйствующих субъектов. Доброкачественное современное законодательство является одним из условий обеспечения инвестиционной привлекательности России и повышения предпринимательского потенциала.

Правовое регулирование рыночных отношений с каждым годом становится все более сложным, насыщенным, широко развернутым и детально проработанным. С развитием рыночной экономики существенно повышается роль правового регулирования гражданских отношений, представляющих собой ее организационную основу. При этом в условиях достаточно разветвленной системы действующих нормативных правовых актов базисом правового регулирования гражданских отношений необходимо является Гражданский кодекс Российской Федерации, который по праву можно назвать экономической конституцией страны, фундаментом рыночных отношений. Последние годы для всех цивилистов России ознаменовались принятием части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации, которая завершила кодификацию всего гражданского законодательства страны, составляющего основу системы частного права.

Кодификация играет чрезвычайно важную роль в развитии права в целом и представляет собой наиболее радикальный способ систематизации законодательства, особый вид правотворчества. Цель кодификации состоит в обеспечении единого, упорядоченного нормативного регулирования определенного вида отношений, в результате которого имеет место системное развитие законодательства в определенной сфере. Это в полной мере относится и к Гражданскому кодексу России, объединившему в себе в соответствии с принципом преемственности разрозненный нормативный материал прежнего законодательства, если он отвечал требованиям общественного развития, и новый нормативный материал, позволяющий упорядочить общественные отношения, изменившиеся с изменением вектора экономического развития страны.

Кодификация, как писал известный российский цивилист Ю.С. Гамбаров, есть "неоцененное благо: записанные и строго установленные правила устраняют произвол, обеспечивают жизненные интересы и удовлетворяют неоспоримой потребности всех свободных народов в известности и установленности их права" <1>.

<1> Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т. I. Часть общая. СПб., 1911. С. 151 - 152.

Кодификация гражданского законодательства в России имеет достаточно прочные исторические корни и представляет собой результат всей предшествующей юридической жизни. Для Российского государства, правовая система которого относится к романо-германской правовой семье, вопросы кодификации, в том числе гражданского законодательства, имели и имеют чрезвычайно важное значение. И если для большинства стран Западной Европы XIX век может быть назван веком больших кодификаций <1>, то для российского гражданского права это XX - XXI века.

<1> Hedemann. Werden und Wachsen des bürgerl. Rechts. 1913. S. 1. Цит. по: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001. С. 73 (Классика российской цивилистики).

Начало серьезной, обстоятельной кодификации в области частного, в том числе гражданского, права, безусловно, положено еще в Древнем Риме известными кодификациями Юстиниана VI в., которым предшествовали кодификации императорских "конституций" (т.е. исходивших от императора норм права) III - V вв. (Кодекс Грегориана, Кодекс Гермогеняна, Кодекс Феодосия и др.). Как известно, "кодификация Юстиниана отличается от предыдущих кодификаций несравненно большим размахом и более высокой творческой силой. В ней обнаруживается не только более широкая основа источников и более обильное их использование, но и гораздо более тщательная обработка избранных текстов" <1>. Кодификация Юстиниана в сфере гражданско-правовых отношений основывалась на институциях Гая (II в.) и включала в себя

части, посвященные "лицам", "вещам", правам на вещи, наследственному и обязательственному праву.

<1> Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. М., 2004. С. 40.

Древнеримские идеи кодификации в результате рецепции римского права стали основой для систематизации законодательства стран Западной Европы XVIII - XIX вв., действующего в усовершенствованном виде в ряде стран и по настоящее время. Это прежде всего Французский гражданский кодекс (Кодекс Наполеона) 1804 г., который распространял свою силу не только во Франции, но и далеко за ее пределами - в Италии, Бельгии, некоторых частях Германии, Польше, а также Прусское земское уложение 1794 г. и Австрийское уложение 1811 г.

Конец XIX столетия ознаменовался принятием одной из самых монументальных гражданско-правовых кодификаций - Германского гражданского уложения 1900 г., представляющего собой, по словам И.А. Покровского, "памятник колоссального труда и обширнейшей учености" <1>. За ним последовал Гражданский кодекс Швейцарии (1907 г.), уникальность которого состоит и в том, что он был создан в основном одним человеком - профессором Е. Губером.

<1> Покровский И.А. Указ. соч. С. 75.

В стороне от кодификационного движения в Европе осталась только Англия, гражданское право которой построено по системе общего права и основано на объемном массиве судебных precedентов.

Кодификация гражданского законодательства в России осуществлялась поэтапно и, как показывает история, не всегда находила поддержку со стороны государства.

Крупными вехами в развитии гражданского права в целом и его кодификации явились Соборное уложение 1649 г., Свод законов Российской империи 1826 г. Но, как отмечали ученые XIX в., началом современной кодификации гражданского права в России следует считать 28 февраля 1804 г. <1>. В этот день Александром I был утвержден доклад министра юстиции, содержавший план Книги законов, которая состояла из шести частей. План третьей части Книги законов предполагал, что она будет содержать в себе общие гражданские законы относительно лиц, вещей, действий, обязательств, собственности и владения.

<1> Пахман С.В. История кодификации гражданского права. Т. 1. СПб., 1876. С. 381 - 387.

В 1809 г. М.М. Сперанским был составлен проект Гражданского уложения на основе Французского гражданского кодекса. Однако законом он не стал, так как из-за своего либерализма встретил резкое сопротивление со стороны церкви и верхних слоев общества.

При Николае I удалось завершить систематизацию российского законодательства, которую, однако, нельзя в полной мере признать кодификацией гражданского законодательства. Возобладала идея свода существующих уже законов без их изменения, и начиная с 1826 г. М.М. Сперанским были составлены два собрания законов под названиями "Полное собрание законов Российской империи" и "Свод законов Российской империи". Первое состояло из действовавших на тот момент и расположенных в хронологическом порядке постановлений, указов и узаконений, издававшихся после Уложения 1649 г. В Своде законов весь материал был расположен не по хронологическому принципу, как в Полном собрании законов, а по отраслевому. Гражданскому законодательству в Своде, состоявшем из 16 томов, была посвящена часть 1 тома X, озаглавленная "Свод законов гражданских". После издания свода законов М.М. Сперанский собирался приступить к новому этапу систематизации - созданию "Уложения", которое должно было не только содержать старые нормы, но и развивать право и представляло бы собой не инкорпорацию, как Полное собрание законов и Свод законов Российской империи, а кодификацию - дополнение старых норм новыми. Однако, как известно, в то время эти идеи не нашли поддержки.

Говоря о кодификации гражданского законодательства в России, нельзя обойти молчанием подготовку в течение тридцати с лишним лет, начиная с 1882 г., проекта Гражданского уложения Российской империи. Из-за Первой мировой войны, а затем революции этот проект не стал законом, но, к счастью, он был опубликован еще в начале века <1> и публиковался уже и в наше время, что дает возможность оценить его по достоинству. Из пояснений комиссии, готовившей проект, к каждой из его 2640 статей видно, какой титанический труд был положен в его основу и результатом какого глубокого сравнительно-правового анализа всех существовавших тогда кодификаций гражданского права было каждое слово в этом проекте. Образец, достойный подражания и в наши дни.

<1> Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии с объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной комиссии. В 2 т. / Под ред. И.М. Тютюмова; сост. А.Л. Саатчиан. СПб., 1910.

Задача кодификации законодательства, в том числе гражданского, встала и после революции 1917 г. В декабре 1917 г. в составе Наркомата юстиции был создан отдел законодательных предположений и кодификации, из которого вскоре был выделен специальный кодификационный отдел, имевший задачей создание полного свода действующих законов.

В период гражданской войны начинаются кодификационные работы, которые сначала не охватили сферу гражданского права, а ограничились правом трудовым и семейным. Политика военного коммунизма и ее отражение в праве носили временный характер, в связи с чем работа над Гражданским кодексом в 1920 г. была признана нецелесообразной.

С окончанием войны широкая кодификационная работа была возобновлена, а 1922 - 1923 гг. можно обозначить в истории советского права как годы разработки и принятия ряда кодексов, в том числе Гражданского кодекса РСФСР периода нэпа, вступившего в силу с 1 января 1923 г. <1>.

<1> СУ РСФСР. 1922. N 71. Ст. 904.

В Гражданском кодексе РСФСР, как и в первых гражданских кодексах других союзных республик того времени, серьезное внимание было уделено вопросам кодификации вещных прав, норм, регулирующих обязательственные отношения, в том числе о договорах, норм наследственного права. Примером кодификации законодательства того времени в сфере интеллектуальной собственности являются Основы авторского права, изданные сначала в 1925 г. <1>, а затем в 1928 г. <2>.

<1> СЗ СССР. 1925. N 7. Ст. 67.
<2> СЗ СССР. 1928. N 27. Ст. 246.

Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. действовал вплоть до начала 1960-х годов. 8 декабря 1961 г. Верховный Совет СССР утвердил Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик <1>, отражавшие сложившуюся в стране систему имущественных отношений, в частности правовые режимы государственной, кооперативно-колхозной собственности, собственности общественных организаций, классификацию оснований возникновения гражданских прав и обязанностей, формы защиты гражданских прав, многочисленные договоры и другие обязательства как между государственными и общественными организациями, так и между ними и гражданами.

<1> Ведомости Верховного Совета СССР. 1961. N 50. Ст. 525.

В связи с Основами 1961 г. нельзя не упомянуть добрым словом старшее поколение наших учителей, усилиями которых был создан или на трудах которых был основан этот своего рода тоже гражданский кодекс, - Б.С. Антимона, С.Н. Братуся, А.В. Венедиктова, Д.М. Генкина, К.А. Граве, О.С. Иоффе, Л.А. Лунца, И.Б. Новицкого, В.И. Серебровского, Е.А. Флейшиц и многих других. В первую очередь им мы обязаны тем, что уже тогда в Основы были включены по существу конституционные нормы о защите чести и достоинства гражданина, о недопустимости по общему правилу выселения граждан из жилых помещений иначе как по решению суда, об ответственности на общих основаниях государственных учреждений за вред, причиненный их должностными лицами в области управления. Демократизм этих новелл не требует пояснений.

В 1964 г. в соответствии с Основами гражданского законодательства были приняты гражданские кодексы союзных республик. Гражданский кодекс РСФСР 1964 г. <1>, постепенно прекращая свое действие с вступлением в силу отдельных частей нового Гражданского кодекса России, утрачивает юридическую силу в полном объеме с 1 января 2008 г.

<1> Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1964. N 24. Ст. 407.

Говоря о кодификации гражданского законодательства, нельзя не упомянуть Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. <1>. Ставшие последней кодификацией гражданского права советского государства, но при этом уже учитывающей ряд принципиальных особенностей рыночных отношений, эти Основы неплохо послужили новой России <2>, пока не были постепенно замещены нормами российского Гражданского кодекса. Окончательно они перестают применяться на территории Российской Федерации тоже с 1 января 2008 г. <3>.

<1> Ведомости СНД и ВС СССР. 1991. N 26. Ст. 733.

<2> См. Постановление Верховного Совета РФ от 14 июля 1992 г. N 3301-1 "О регулировании гражданских правоотношений в период проведения экономической реформы" // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. N 30. Ст. 1800.

<3> Статья 3 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" // СЗ РФ. 2006. N 52 (ч. 1). Ст. 5497.

Но общее состояние гражданского права в начале 90-х годов XX в. в России характеризовалось крайней неопределенностью, с которой трудно было мириться развивающейся экономической жизни. Ощущалась явная необходимость в объединении и упорядочении гражданско-правовых норм, создании совершенно нового базиса для гражданского права путем принятия единого в своей системе кодекса, основанного на новых экономических принципах. К тому же история показывает, что скачкообразное развитие экономики и быстрая смена одного общественного строя другим, изменение политической ситуации, как это произошло в России, во многих странах сопровождались утверждением новых гражданско-правовых основ, как правило, в виде гражданского кодекса. Об этом свидетельствуют прежде всего Французский гражданский кодекс и целая плеяда основанных на нем гражданских кодексов других стран начала XIX в. В России в начале 90-х годов прошлого столетия сложились все необходимые предпосылки для закрепления общечеловеческих, общемировых основ развития частноправовых отношений, причем не только для их провозглашения, но и для сопровождения механизмом реализации соответствующих правовых предписаний. Такими основами частноправового регулирования стали принципы юридического равенства всех субъектов гражданских правоотношений, диспозитивности распоряжения своими правами, устранения произвольного вмешательства кого-либо в частные, гражданские правоотношения, судебной защиты права собственности и других вещных прав, свободы договора, свободы завещания и др. Нормальный ход развития рыночных отношений немыслим без этих постулатов, нашедших отражение в ст. 1 Гражданского кодекса России и конкретизированных в других статьях Кодекса.

Кодификация гражданского законодательства России на рубеже XX - XXI вв. преследовала такие цели, как создание законодательства, обеспечивающего стабильное правовое регулирование рыночной экономики, закрепление частноправовых начал правового регулирования имущественных отношений в обществе, объединение, систематизация и рационализация этого законодательства, устранение вредной для гражданского оборота запутанности и противоречивости гражданского законодательства, возникших как в результате вынужденного сосуществования нормативных правовых актов разных эпох, так и из-за несовершенства многих первых законов новой России.

Работы над современным Гражданским кодексом Российской Федерации начались еще в конце 1992 г. и первоначально шли параллельно с работой над российской Конституцией 1993 г. В связи с огромным объемом материала, требовавшего включения в Гражданский кодекс, было решено принимать Кодекс по частям, что имеет место и в других странах, в частности в Нидерландах.

Надо сказать и о том, что российская кодификация гражданского законодательства развивалась в нелегкое, непростое и нестабильное время. Это касается прежде всего первой и второй частей Гражданского кодекса.

Структура Гражданского кодекса Российской Федерации.
Вопросы принятия части четвертой Гражданского кодекса
как завершения кодификации гражданского законодательства

Часть первая Гражданского кодекса <1> была принята Государственной Думой 21 октября 1994 г., подписана Президентом России 30 ноября 1994 г. и в соответствии с Федеральным законом "О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" <2> вступила в силу 1 января 1995 г.

<1> СЗ РФ. 1994. N 32. Ст. 3301.

<2> Там же. Ст. 3302.

В части первой сосредоточены общие положения гражданского права (раздел I), имеющие универсальное значение для применения и эффективного использования всех иных норм и институтов гражданского права, - основные положения гражданского законодательства, нормы о лицах, об объектах гражданских прав, о сделках и представительстве, о сроках.

Раздел II Кодекса посвящен праву собственности и другим вещным правам. Его главным содержанием стали нормы, восстановившие и развивающие институт частной собственности, а также реформирующие отношения государственной и муниципальной собственности.

Раздел III включает в себя общую часть обязательственного права.

Сегодня полезно напомнить, что еще тогда, в далеком теперь 1994 году, когда принималась часть первая Кодекса, была сделана вполне оправданная в государстве с рыночной экономикой попытка включить в Гражданский кодекс основные, принципиальные нормы о праве собственности и других вещных правах на землю. К сожалению, политическая обстановка в стране задержала введение этих важных норм в действие более чем на шесть лет. За эти годы была проведена не одна комплексная кодификация законодательства о природных ресурсах, при осуществлении которых подчас забывали о том, что нормы, регулирующие имущественные отношения по поводу земли и других природных ресурсов, - это нормы гражданского права. В результате мы и сегодня не имеем хорошо продуманной, ясной системы этих норм.

Часть вторая Гражданского кодекса <1> была принята Государственной Думой 22 декабря 1995 г. и подписана Президентом 26 января 1996 г. Согласно Федеральному закону "О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации" <2> эта часть Кодекса вступила в силу 1 марта 1996 г. Она регламентирует отдельные виды договоров и внедоговорных обязательств - куплю-продажу, аренду, подряд, заем и кредит, хранение, страхование, доверительное управление имуществом, обязательства вследствие причинения вреда и другие обязательственные отношения. В части второй практически впервые были урегулированы такие сферы коммерческих отношений, как сделки с недвижимостью, в том числе с предприятиями как имущественными комплексами, договор финансовой аренды (лизинг), договор финансирования под уступку денежного требования (факторинг), договор коммерческой концессии (франчайзинг), договор доверительного управления имуществом, договор постоянной и пожизненной ренты и др.

<1> СЗ РФ. 1996. N 5. Ст. 410.

<2> Там же. Ст. 411.

Самостоятельное правовое регулирование нашли в части второй обязательства по возмездному оказанию услуг, транспортной экспедиции, договоры на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, договоры банковского счета и банковского вклада, кредитный договор, действия в чужом интересе без поручения. Для того чтобы оценить значение части второй Гражданского кодекса, полезно сопоставить ее просто по числу урегулированных в ней видов договоров с Гражданскими кодексами РСФСР 1922 г. и 1964 г. В первом из них таких договоров было меньше 10, во втором - около 20, а в части второй нового Кодекса юристы насчитывают до 100 видов и подвидов договоров гражданского права. Таким образом, часть вторая Гражданского кодекса по существу создала новое договорное право, соответствующее современной экономической обстановке, разветвленное, детализированное и кардинально отличающееся от договорного права периода плановой экономики.

Часть третья Гражданского кодекса <1> была принята Государственной Думой 1 ноября 2001 г., одобрена Советом Федерации 14 ноября 2001 г. и подписана Президентом 26 ноября 2001 г. Федеральным законом от 26 ноября 2001 г. N 147-ФЗ "О введении в действие части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации" <2> она введена в действие с 1 марта 2002 г.

<1> СЗ РФ. 2001. N 49. Ст. 4552.

<2> Там же. Ст. 4553.

Часть третья Гражданского кодекса Российской Федерации включает в себя два раздела: раздел V "Наследственное право" и раздел VI "Международное частное право".

Серьезные изменения с учетом рыночных отношений претерпели в ГК нормы о наследовании. Это коснулось прежде всего форм завещания. Помимо ранее известных нотариально удостоверенных завещаний и завещаний, приравняемых к нотариально удостоверенным, в части третьей закреплена возможность составления закрытых завещаний, а в исключительных случаях - завещаний в простой письменной форме. В отличие от прежнего законодательства, устанавливавшего только две очереди наследников, в части третьей предусмотрены восемь очередей наследников по закону. Мы вернулись, таким образом, к тому кругу законных наследников, который существовал в дореволюционной России. Хочется надеяться, что этот шаг тоже будет способствовать укреплению семьи. Расширение круга объектов, которые могут переходить в порядке наследственного преемства, потребовало включения в Гражданский кодекс более подробных норм, касающихся охраны наследства и управления им, а снятие законодательных ограничений в отношении видов имущества, которое может переходить по наследству, потребовало создания правил, регламентирующих наследование предприятия, долей, паев в уставных капиталах юридических лиц, имущества члена крестьянского (фермерского) хозяйства, земельного участка, невыплаченных сумм заработной платы, пенсий, пособий, платежей в возмещение вреда и ряда других.

Раздел VI Гражданского кодекса посвящен регулированию гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом. Первый, совсем небольшой свод норм нашего международного частного права (всего восемь статей) появился еще в Основах гражданского законодательства 1961 г. То, что мы имеем сейчас в разделе VI Гражданского кодекса, представляет собой кодификацию норм международного частного права, вполне сопоставимую по числу охваченных ею правил и, главное, по их качеству с такими лучшими кодификациями международного частного права, какими являются Закон "О международном частном праве" Швейцарии (1987 г.) или создававшийся на протяжении долгого времени (1896, 1986, 1999 гг.) Вводный закон к Гражданскому уложению Германии <1>.

<1> См.: Международное частное право. Иностранное законодательство / Сост. А.Н. Жильцов и А.И. Муранов. М., 2001. С. 268 - 286, 628 - 672.

Особенно важно то, что в разделе VI появилась целая глава, содержащая общие нормы международного частного права, имеющие прямое отношение и к тем специальным правилам этой области законодательства, которые есть в нашем Семейном кодексе, в российском Кодексе торгового мореплавания и в других законах. Это нормы о квалификации юридических понятий при определении применимого права, о применении права страны с множественностью правовых систем, о взаимности, обратной отсылке, установлении содержания норм иностранного права. Новеллами данного раздела стали положения о "личном законе" физического лица, учитывающие в том числе фактор двойного гражданства, о "личном законе" юридического лица - расширение возможностей осуществления сторонами правоотношения выбора применимого права. К числу новых коллизионных норм можно отнести правила, подлежащие применению к договорам с участием потребителя, к уступке требования по соглашению сторон, к обязательствам из односторонних сделок, к процентам по денежным обязательствам, к ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги, к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции.

О том, какое значение придается в нашей стране созданию и кодификации гражданского законодательства, свидетельствует, в частности, тот факт, что проекты всех частей Гражданского кодекса разрабатывались по прямому поручению Президента Российской Федерации и его Администрации и каждая из них вносилась в Государственную Думу Президентом. Это обстоятельство, однако, не только не исключало, но даже не снижало накал серьезных дискуссий, в результате которых при прохождении проектов в Государственной Думе появлялись или исключались как отдельные положения, статьи, так и целые главы.

Особо в связи с этим хотелось бы остановиться на принятии части четвертой Гражданского кодекса, посвященной правам на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации. Значение правового регулирования отношений в сфере интеллектуальной собственности для России трудно переоценить. Надлежащее правовое регулирование в этой области значимо и с точки зрения диверсификации производства, и с точки зрения переноса центра тяжести экспорта из зоны углеводородного сырья в зону высоких технологий, высокотехнологичной продукции и продуктов интеллектуальной собственности. Без сомнения, решение проблем в сфере защиты прав на интеллектуальную собственность призвано способствовать также росту международного авторитета Российской Федерации и улучшению инвестиционной привлекательности страны. В связи с этим внесение в июле 2006 г. в Государственную Думу Президентом России В.В. Путиным проекта части четвертой Гражданского кодекса можно охарактеризовать как более чем своевременный шаг, учитывая и процесс вступления Российской Федерации во Всемирную торговую организацию (ВТО).

Необходимость в кодификации норм, регулирующих имущественные и другие отношения в сфере интеллектуальной собственности, предполагалась с самого начала работы по подготовке Гражданского кодекса, т.е. еще в 1992 г. Но по ряду причин, в том числе из-за расширения содержания Гражданского кодекса, увеличения его объема, сроки выполнения этой задачи неоднократно отодвигались. Принятие части четвертой Гражданского кодекса завершило кодификацию отечественного гражданского законодательства, которая продолжалась 12 лет и стала одним из важнейших событий как в сфере права в целом, так и в сфере регулирования экономических отношений.

Проведенная кодификация законодательства в данной ситуации позволила добиться большей внутренней согласованности и ясности этой молодой и, надо признать, бурно развивающейся сферы правового регулирования, обеспечила гармонизацию норм об интеллектуальной собственности с общими положениями гражданского законодательства, единообразие и полноценное правовое регулирование гражданского оборота этой большой и важной группы нематериальных ценностей, в известной степени решила задачу экономии законодательных средств.

Значение части четвертой Гражданского кодекса достаточно велико как с точки зрения завершения работ по кодификации, так и с точки зрения защиты интеллектуального потенциала страны - интересов авторов, изобретателей, исполнителей, селекционеров, других правообладателей, а также правового положения России на международной арене. В ходе работы над проектом части четвертой российского Гражданского кодекса достигнуто более полное и точное соответствие национального законодательства существующим международным обязательствам Российской Федерации. Принята во внимание и перспектива нашего участия в Соглашении по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (так называемом Соглашении ТРИПС). Это продиктовано вступлением России во Всемирную торговую организацию интеллектуальной собственности, прежде всего к Договору по авторскому праву 1996 г. Нормы части четвертой российского Гражданского кодекса гармонизированы в целом и с правом Европейского союза. В то же время в ходе работы над частью четвертой - и это очень важно - обеспечена преемственность правового регулирования отношений в сфере интеллектуальных прав, сохранен основной массив положений действовавших в этой области законов, те их правовые конструкции, которые за последние годы - а это около 15 лет - проверены временем и практикой правоприменения. Одновременно, естественно, приняты меры к тому, чтобы в части четвертой Гражданского кодекса были устранены неоправданные расхождения и прямые противоречия между нормами шести ранее принятых Законов об отдельных видах интеллектуальной собственности <1> и фрагментарное, разрозненное регулирование этих отношений в разных законах заменено на единое правовое поле.

<1> Имеются в виду Патентный закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. N 3517-1 (Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. N 42. Ст. 2319), Законы РФ "О правовой охране топологий интегральных микросхем" от 23 сентября 1992 г. N 3526-1 (Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. N 42. Ст. 2328), "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных" от 23 сентября 1992 г. N 3523-1 (Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. N 42. Ст. 2325), "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров" от 23 сентября 1992 г. N 3520-1 (Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. N 42. Ст. 2322), "Об авторском праве и смежных правах" от 9 июля 1993 г. N 5351-1 (Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. N 32. Ст. 1242), "О селекционных достижениях" от 6 августа 1993 г. N 5605-1 (Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. N 36. Ст. 1436) и ряд других.

Но самым главным и принципиально новым для этой отрасли гражданского законодательства стало то, что в части четвертой Гражданского кодекса она построена на основе единой концепции исключительных прав и обрела единство во впервые сформулированных в законе общих для нее положениях. Как известно, структура части четвертой Гражданского кодекса включает в себя общие положения - нормы, которые относятся ко всем видам результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации или к значительному числу их видов.

Полная кодификация в составе Гражданского кодекса России норм о правах на интеллектуальную собственность позволила лучше соотнести, скоординировать эти нормы с общими нормами гражданского права, а также унифицировать используемую в сфере интеллектуальной собственности терминологию. Исчерпывающая кодификация этих норм в одном законе направлена и против зачастую негативного ведомственного влияния на законодательство в данной сфере, в частности в той его части, которая касается регистрации объектов патентного права, средств индивидуализации.

Основные новеллы части четвертой Гражданского кодекса России можно охарактеризовать следующим образом.

В части четвертой, с учетом изменений, внесенных одновременно в связи с этим и в часть первую Гражданского кодекса, российское законодательство определенно отказалось от использования понятия и термина "интеллектуальная собственность" как условного, собирательного обозначения субъективных гражданских прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Статья 1226 вводит в обиход с этой целью новый для отечественного законодательства термин "интеллектуальные права", который охватывает личные неимущественные, исключительные (имущественные) и иные права. При этом учитывается и опыт других стран, в частности Австрии, Дании, Норвегии, США, ФРГ, Швейцарии, Швеции, Японии, законодательство которых отказывается от проприетарной конструкции прав на указанные объекты и от терминов "интеллектуальная собственность", "промышленная собственность", "литературная собственность", а использует конструкцию исключительных прав.

Большое внимание уделено характеристике и регламентации двух основных договоров, при помощи которых должен осуществляться оборот прав на объекты интеллектуальной собственности. Это договор об отчуждении соответствующего исключительного права и

лицензионный договор. Подробно регламентировано в Кодексе использование результатов интеллектуальной деятельности, которые связаны с исполнением служебного задания, выполнением работ по договору. Это та сфера отношений, которая обычно вызывает много вопросов на практике, в том числе, кстати, это касается и работ по государственному контракту.

Со времени принятия законов 1992 - 1993 гг. прошло немало времени, и возникла реальная потребность значительно расширить круг видов интеллектуальной собственности, подлежащих правовой охране. Соответствующие дополнения признаны необходимыми и уже сделаны в законах многих стран - стран Европейского союза и других. Прежде всего они касаются права изготовителя базы данных на составляющие эту базу материалы. Признание Гражданским кодексом такого права призвано стимулировать создание дорогостоящих баз данных и защитить их от кражи содержимого. Также признается в Кодексе исключительное право лица, впервые опубликовавшего произведение науки, литературы или искусства, которое уже является общественным достоянием и не защищено авторским правом. Таким образом, в части четвертой Гражданского кодекса расширяется круг смежных прав.

Отдельная глава Кодекса посвящена так называемым ноу-хау, или секретам производства. Регламентация соответствующих отношений фрагментарно присутствовала в российском законодательстве и ранее, но полное и системное регулирование отношений, связанных с секретами производства, впервые вводится в части четвертой Гражданского кодекса.

Существенным уточнениям подверглись законодательные нормы, касающиеся фирменного наименования. И возникло еще одно, сходное с правом на фирменное наименование, но принципиально иное право - право на коммерческое обозначение. До этого такой институт в нашем законодательстве отсутствовал, между тем необходимость в нем основывается на Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г., и само это понятие уже было упомянуто в более ранних разделах Гражданского кодекса, в гл. 54, которая регулирует отношения по договору коммерческой концессии.

В условиях рыночной экономики результаты интеллектуальной деятельности становятся предметом интенсивного обращения. Эта сфера гражданского оборота затрагивает и экономику, и науку, и искусство, и информацию, и очень чувствительно - интересы автора, авторские правомочия. Надлежащее регулирование и эффективная защита прав граждан - создателей соответствующих интеллектуальных продуктов являются важнейшей целью законодательства об интеллектуальной собственности. Часть четвертая Гражданского кодекса исходит из традиционного для отечественного гражданского законодательства понимания права на результат интеллектуальной деятельности как права, которое первоначально возникает только у самого автора, а к другим лицам может перейти либо по договору (это наиболее распространенный порядок), либо по иным основаниям, которые прямо предусмотрены законом. Это положение является одним из принципиальных и фундаментальных правил, обеспечивающих защиту прав авторов.

Наряду с мерами по усилению защиты имущественных прав авторов в Кодексе предусмотрены также меры, направленные на защиту их личных неимущественных прав, в частности восстановлен прежний, известный российскому законодательству в течение многих лет подход к праву автора на неприкосновенность произведения. По своему содержанию это право шире, чем закрепленное в Законе "Об авторском праве и смежных правах" 1993 г. право на защиту репутации автора, и в большей мере защищает интересы создателя произведения. Предусматривается в Гражданском кодексе и порядок внесения наследниками или иными правопреемниками автора изменений, сокращений и дополнений в произведение, а также порядок обнародования произведения после смерти автора.

Ряд норм части четвертой Гражданского кодекса направлен на защиту исключительных и других интеллектуальных прав, в том числе от нарушений, выражающихся в создании контрафактных материальных носителей - экземпляров произведений, товаров, этикеток и т.д. В Кодексе воспроизведены все гражданско-правовые санкции за нарушение этих прав, предусмотренные ранее действовавшим законодательством, и, кроме того, введено понятие так называемых грубых нарушений исключительного права. Как санкция за них предусмотрена возможность ликвидировать само юридическое лицо или прекратить деятельность индивидуального предпринимателя, которые допустили подобные нарушения. Это достаточно жесткая санкция.

Часть четвертая Гражданского кодекса вступает в силу с 1 января 2008 г. - спустя более чем год со дня ее опубликования, как это предусмотрено статьей 1 Федерального закона "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации". Поэтому у правообладателей, пользователей, правоприменителей было достаточно времени для ознакомления с ее новеллами.

Необходимо отметить еще одно знаковое событие. Введение в действие части четвертой ГК влечет за собой полное прекращение действия Гражданского кодекса РСФСР 1964 г. Его юридическая жизнь, естественно, на этом заканчивается.

Значение завершения кодификации гражданского законодательства

Принятие части четвертой Гражданского кодекса и таким образом завершение кодификации гражданского законодательства - это, безусловно, фундаментальное событие в российском правотворчестве. По своему значению оно сопоставимо, наверное, только с принятием Конституции страны.

Значение Гражданского кодекса Российской Федерации как общеисторического и общецивилизационного правового акта в современной жизни трудно переоценить. Гражданский кодекс дает возможность цивилизованного разрешения достаточно сложных правовых вопросов и споров, затрагивающих объекты недвижимого имущества, корпоративные, обязательственные и интеллектуальные права, что подтверждается результатами работы судебной системы. Миллионы судебных решений, вынесенных за прошедшие годы на основе Гражданского кодекса, в итоге сложились в некую новую систему судебной практики и создали достаточно устойчивое толкование норм Кодекса. Ценность такого толкования, его востребованность очевидны.

Прежде всего это насыщенные судебной практикой наиболее авторитетные информационно-поисковые системы, которые развивались с начала 1990-х годов. Благодаря этому практика стала не только открытой и доступной, но, по сути, вошла в сознание и образ мышления каждого юриста. Появился новый жанр комментариев Гражданского кодекса, которые целиком состоят из систематизированных судебных решений.

В обеспечении стабильности Гражданского кодекса, да и всего гражданского законодательства в целом, а также в их совершенствовании стали все более важную роль играть суды, бесценный потенциал которых пока используется для развития и совершенствования нашего законодательства не в такой большой степени, как хотелось бы. Чрезвычайно важна роль постановлений пленумов высших судебных инстанций для точного толкования гражданского законодательства, для единообразного применения Гражданского кодекса. За годы действия Кодекса Высший Арбитражный Суд Российской Федерации принял 25 таких постановлений, в том числе 8 постановлений только по вопросам применения Гражданского кодекса. В системе судов общей юрисдикции действуют 17 постановлений Пленума Верховного Суда, причем 7 из них приняты совместно пленумами обеих высших судебных инстанций. В дальнейшем таких важнейших актов авторитетного судебного толкования закона будет становиться все больше.

Одно из главных преимуществ Гражданского кодекса видится в его способности адаптироваться к постоянно меняющимся гражданско-правовым отношениям с сохранением в то же время конструкций, стабильно действующих иногда на протяжении веков. Традиции российской цивилистики, нашедшие отражение в Гражданском кодексе, переплетаются с новеллами нашей современности. Известные еще Древнему Риму конструкции права собственности и некоторых других вещных прав, договоров и деликтных обязательств, наследование и исковая давность соседствуют в Кодексе с институтами, утвердившимися в XX столетии, такими как интеллектуальные права на программы для ЭВМ, на селекционные достижения, на топологии интегральных микросхем, как договоры лизинга, коммерческой концессии.

Гражданский кодекс вобрал в себя лучшие традиции российского дореволюционного законодательства и пропитан духом российской цивилистики, трудов Д.И. Мейера, Г.Ф. Шершеневича, И.А. Покровского, Л.И. Петражицкого и многих, многих других.

Гражданскому кодексу России известны и конструкции, учитывающие иностранный законодательный опыт, притом стран как романо-германской, так и англосаксонской системы, в частности институты эмансипации, банковской гарантии, договоры факторинга, агентирования.

Гражданскому кодексу как кодифицированному акту гражданского законодательства присущи такие черты, как полнота и единообразие регулирования отношений, составляющих предмет гражданского права; закрепление основных исторически сложившихся юридических принципов, понятий и конструкций, в которых нашли отражение важнейшие цивилистические теории и концепции. Первостепенное место среди иных гражданско-правовых законов обуславливает необходимость соответствия Гражданскому кодексу других нормативных правовых актов в этой области законодательства.

Характерной чертой Гражданского кодекса России является удачное воплощение в нем частноправовых норм в соответствии с принципом единства гражданско-правового регулирования. В России нет, да и не было серьезных предпосылок для дуализма частного права, выделения предпринимательского (хозяйственного) или коммерческого права как самостоятельных отраслей права, основанных на отдельных кодифицированных актах. Предпринимательские отношения многообразны, различны по своей природе и охватывают как частноправовые отношения, регулируемые гражданским, трудовым законодательством, так и публично-правовые отношения, регламентация которых нашла отражение в Налоговом кодексе Российской Федерации, Кодексе

Российской Федерации об административных правонарушениях и других нормативных актах публичного права.

Несмотря на то что в Гражданский кодекс РФ за время его действия более пятидесяти раз вносились изменения, его нельзя назвать нестабильным. Для ряда других кодифицированных актов, к сожалению, характерно изменение за несколько лет практически чуть ли полностью. Так, наш Налоговый кодекс, принятый Государственной Думой 16 июля 1998 г., к настоящему времени заменен в значительной части на новый текст.

Достижением кодификации гражданского законодательства явилось создание на основе Гражданского кодекса и, как правило, в соответствии с прямыми содержащимися в его нормах указаниями на этот счет многоуровневой системы составляющих это законодательство нормативных правовых актов, образующих определенную иерархию в соответствии со ст. 3 Кодекса.

Вопросы совершенствования Гражданского кодекса

Каким бы совершенным ни выглядел Гражданский кодекс после своего появления на свет, он развивался, обогащался и его обогащению, вне всякого сомнения, помимо развития научной цивилистической мысли, в очень большой степени способствовала практика его применения судами.

Необходимость постоянного совершенствования гражданского законодательства обусловлена не в последнюю очередь поступательным развитием экономики страны, появлением новых видов гражданско-правовых отношений, в том числе договорных. С момента вступления в силу части первой Гражданского кодекса Российской Федерации - 1 января 1995 г. в развитии экономических отношений произошли кардинальные изменения.

Россия - это страна, которая в XX в. была подвергнута тяжелейшим испытаниям - революциям, гражданской войне, прокатившимся по ее территории двум мировым войнам, страна, которая не раз испытала экономический коллапс. В период до 2000 г. основными признаками нашей экономики были запретительные по сути для ведения бизнеса налоги, почти 20-процентная годовая инфляция, долг, превышающий объем валового внутреннего продукта, зарплата менее 100 долларов, которая оставляла почти половину российских семей за чертой бедности. Сегодняшняя Россия - это совсем другая страна. С 2000 г. ВВП в реальном выражении увеличился на 60%, или почти на 7% в среднегодовом исчислении. По итогам 2005 г. по уровню ВВП, рассчитанного на основе паритета покупательной способности, мы находились на девятом месте в мире. И нашей экономике вполне по силам уже в ближайшие годы выйти по этому показателю на шестое место, опередив Италию, Францию и Великобританию. В 2005 г. мы были тринадцатыми в мире по объему экспорта. В 2006 г. вошли в первую десятку стран-экспортеров. Ведь Россия является одной из наиболее открытых стран с точки зрения торговли товарами и услугами, а с недавнего времени - и в отношении перемещения капиталов. Барьеры для осуществления валютных операций сегодня в России устранены. Россия привлекает к себе тем, что она превратилась в один из наиболее быстро растущих рынков, и не последнюю роль в этом играет совершенное гражданское законодательство страны, современные и развитые нормы международного частного права. Наличие совершенного внутреннего законодательства, его стабильность способствуют более устойчивым международным, партнерским отношениям, организации диалога как между странами, так и между разными группами интересов в целях решения глобальных проблем.

Сегодня мы строим новые институты, основанные на базовых принципах полноценной демократии - демократии без ненужных дополнительных определений, демократии эффективной, опирающейся на принципы рыночной экономики, верховенства закона и подотчетности власти остальному обществу. Мы хорошо понимаем, что еще ни одно недемократическое государство не стало по-настоящему процветающим по одной простой причине: свобода лучше несвободы.

Сегодня мы строим новые институты и в нашем гражданском законодательстве. Наряду с приоритетами защиты вещных прав, развития свободы договорных отношений гражданское законодательство должно обеспечивать на высоком уровне защиту интеллектуальных прав, в том числе авторских, патентных. Весьма актуальной является проблема продвижения российских изобретений за рубежом, активная защита интересов и прав отечественных изобретателей и ученых, у которых - и это тоже не секрет - Запад активно "заимствует" научные идеи и секреты. Ведется серьезная работа над принятием в развитие части четвертой Гражданского кодекса необходимых нормативных документов, в том числе закона о патентных поверенных и закона о передаче федеральных технологий.

Развитие нашей экономики, усложнение и диверсификация отношений, связывающих участников экономического оборота, меняющиеся экономические потребности этих субъектов, становление гражданского общества в стране и укрепление составляющих его базу

демократических начал нашей жизни - вот те причины, которые уже вызвали и будут вызывать в дальнейшем необходимость постоянного совершенствования Гражданского кодекса.

За прошедшие годы были внесены изменения во все части Гражданского кодекса. Эти изменения коснулись самых разнообразных сфер общественных отношений. Вкратце наиболее значимые из них выглядят следующим образом.

Первые изменения 1996 г. <1> были направлены на обеспечение прав граждан - вкладчиков банков при определении очередности удовлетворения их требований в ходе ликвидации банков, что затронуло ст. 64 Кодекса, в которую в дальнейшем вносились и иные изменения, в частности повышающие гарантии залоговых кредиторов ликвидируемого юридического лица <2>.

<1> Федеральный закон от 20 февраля 1996 г. N 18-ФЗ "О внесении дополнения в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации" // СЗ РФ. 1996. N 9. Ст. 773.

<2> Федеральный закон от 3 января 2006 г. N 6-ФЗ "О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и Бюджетный кодекс Российской Федерации" // СЗ РФ. 2006. N 2. Ст. 171.

Банковскую сферу затронули и другие изменения, в частности связанные с оформлением доверенности на получение представителем гражданина его вклада в банке <1>. Внесением изменений в ст. 839 Гражданского кодекса усовершенствован в интересах клиента банка порядок начисления процентов на вклад <2>, внесено дополнение в ст. 859, предусматривающее возможность внесудебного порядка расторжения договора банковского счета по инициативе банка <3>, в ст. 840 - об обеспечении возврата банковских вкладов <4>, в ст. 857 - о соблюдении банковской тайны с учетом предоставления информации в бюро кредитных историй <5>. Многочисленные изменения претерпела широко известная ст. 855 части второй Гражданского кодекса, определяющая очередность списания денежных средств со счета.

<1> Федеральный закон от 12 августа 1996 г. N 111-ФЗ "О внесении дополнения в пункт 4 статьи 185 Гражданского кодекса Российской Федерации" // СЗ РФ. 1996. N 34. Ст. 4026.

<2> Федеральный закон от 21 марта 2005 г. N 22-ФЗ "О внесении изменения в статью 839 части второй Гражданского кодекса Российской Федерации" // СЗ РФ. 2005. N 13. Ст. 1080.

<3> Федеральный закон от 18 июля 2005 г. N 89-ФЗ "О внесении изменений в статью 859 части второй Гражданского кодекса Российской Федерации" // СЗ РФ. 2005. N 30 (ч. 1). Ст. 3100.

<4> Федеральный закон от 23 декабря 2003 г. N 182-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс Российской Федерации" // СЗ РФ. 2003. N 52 (ч. 1). Ст. 5034.

<5> Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. N 219-ФЗ "О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "О кредитных историях" // СЗ РФ. 2005. N 1 (ч. 1). Ст. 45.

Неоднократно вносились изменения в ст. 292 <1>, определяющую права членов семьи собственников жилого помещения. Отдельные новеллы, вошедшие в Кодекс, направлены на защиту прав добросовестных приобретателей имущества, что важно для обеспечения стабильности гражданского оборота <2>. В рамках реализации Послания Президента Российской Федерации Федеральному Собранию на 2005 г. были сокращены сроки исковой давности по требованиям о применении последствий недействительности ничтожных сделок <3>.

<1> Федеральный закон от 15 мая 2001 г. N 54-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс Российской Федерации и Закон Российской Федерации "О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации" // СЗ РФ. 2001. N 21. Ст. 2063; Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. N 213-ФЗ "О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации" // СЗ РФ. 2005. N 1 (ч. 1). Ст. 39.

<2> Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. N 217-ФЗ "О внесении изменений в статью 223 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и Федеральный закон "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" // СЗ РФ. 2005. N 1 (ч. 1). Ст. 43.

<3> Федеральный закон от 21 июля 2005 г. N 109-ФЗ "О внесении изменения в статью 181 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" // СЗ РФ. 2005. N 30 (ч. 2). Ст. 3120.

Ряд изменений затронул правовое положение юридических лиц. В связи с Федеральным законом от 8 августа 2001 г. N 129-ФЗ "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" в Кодекс были внесены изменения, существенно затрагивающие порядок государственной регистрации юридического лица, определение места его нахождения, возникновение и прекращение его правоспособности <1>.

<1> Федеральный закон от 21 марта 2002 г. N 31-ФЗ "О приведении законодательных актов в соответствие с Федеральным законом "О государственной регистрации юридических лиц" // СЗ РФ. 2002. N 12. Ст. 1093.

Изменения, внесенные в Гражданский кодекс, затронули правовой статус отдельных видов юридических лиц, в том числе государственных и муниципальных унитарных предприятий <1>, учреждений <2>, в связи с принятием соответствующих федеральных законов.

<1> Федеральный закон от 14 ноября 2002 г. N 161-ФЗ "О государственных и муниципальных унитарных предприятиях" // СЗ РФ. 2002. N 48. Ст. 4746.

<2> Федеральный закон от 3 ноября 2006 г. N 175-ФЗ "О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "Об автономных учреждениях", а также в целях уточнения правоспособности государственных и муниципальных учреждений" // СЗ РФ. 2006. N 45. Ст. 4627.

Совершенствовались и нормы, регулирующие отдельные виды договоров, в частности нормы о договорах с участием потребителя как более слабого участника правоотношений по сравнению с субъектами предпринимательской деятельности <1>, нормы о договоре энергоснабжения <2>. Уточнялись и нормы главы 58 Кодекса, посвященной проведению игр и пари <3>.

<1> Федеральный закон от 17 декабря 1999 г. N 213-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс Российской Федерации" // СЗ РФ. 1999. N 51. Ст. 6288.

<2> Федеральный закон от 26 марта 2003 г. N 37-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в часть вторую Гражданского кодекса Российской Федерации" // СЗ РФ. 2003. N 13. Ст. 1179.

<3> Федеральный закон от 11 ноября 2003 г. N 138-ФЗ "О лотереях" // СЗ РФ. 2003. N 46 (ч. 1). Ст. 4434; Федеральный закон от 26 января 2007 г. N 5-ФЗ "О внесении изменений в статью 1062 части второй Гражданского кодекса Российской Федерации" // СЗ РФ. 2007. N 5. Ст. 558.

О чем говорят все эти и многие другие изменения Гражданского кодекса? Прежде всего о том, что в их основе лежат те серьезные, реальные причины, которые, как уже было сказано, требуют постоянного совершенствования нашего гражданского законодательства вообще и Гражданского кодекса в частности. Подавляющее большинство этих изменений не только оправданно, но было действительно необходимо. В то же время не может не настораживать то обстоятельство, что в очень большой и самый сложный федеральный закон, главной особенностью и ценностью которого как нормативного акта является продуманная многоступенчатая система обобщений и соподчинений, изменения вносятся сугубо "точечно", без оглядки на другие его нормы и институты, иногда для решения сиюминутных задач, достичь которого вполне можно было вдумчивым профессиональным толкованием закона. Поэтому сегодня надо всерьез задуматься о перспективах Гражданского кодекса, о путях его планомерного совершенствования. Прежде всего это относится к части первой Кодекса, разрабатывавшейся на заре экономического и демократического развития новой России.

Соотношение Гражданского кодекса с другими кодификациями частного права

Развитие и кодификация гражданского законодательства невозможны вне взаимодействия с жилищным, семейным законодательством. Кодификация гражданского законодательства не ограничивается Гражданским кодексом Российской Федерации.

Сложно переоценить значение в жизни каждого человека жилищного вопроса, в особенности в России. Проводимая государством политика формирования рынка доступного для граждан жилья во главу угла ставит не только расширение жилищного фонда социального использования и предоставление жилых помещений по договору социального найма всем гражданам, но и формирование частного жилищного фонда, находящегося в собственности граждан, управление ими самими этим фондом. Решение жилищных проблем осуществляется с помощью экономических рычагов, значительный потенциал которым придают национальные проекты. Основу правового регулирования в этой сфере составляет Жилищный кодекс Российской Федерации, вступивший в силу с 1 марта 2005 г. Для практического использования правовых норм, регулирующих отношения, где в качестве объекта выступает жилое помещение, необходимо разграничение жилищного и гражданского законодательства. Гражданское законодательство регулирует все имущественные отношения, связанные с владением, пользованием и распоряжением жилыми помещениями, в той мере, в какой они являются предметом экономического, гражданского оборота. Отношения, связанные с созданием условий,

обеспечивающих развитие жилищного строительства, с предоставлением жилища государством и муниципальными образованиями, с управлением жилищным фондом социального использования, и целый ряд других отношений, в основном публично-правовых по своей природе, регулируются жилищным законодательством. Это имеет чрезвычайно важное значение, поскольку Конституция России по-разному решает вопрос о компетенции в сфере гражданского и жилищного законодательства. Первое, согласно ст. 71 (п. "о") Конституции, относится к исключительному ведению Российской Федерации, второе входит в совместную компетенцию России и ее субъектов (п. "к" ст. 72).

Жилищное законодательство, как и гражданское законодательство в целом, не стоит на месте и требует дальнейшего совершенствования. Одним из направлений является урегулирование отношений в сфере развития малоэтажной жилищной застройки. Соответствующий законопроект, вносящий изменения и дополнения как в Жилищный, так и в Гражданский кодексы, а также проекты других нормативных правовых актов направлены на решение следующих проблем.

В настоящее время застройщики в основном сохраняют за собой права на инфраструктуру коттеджной застройки, и граждане, приобретая земельный участок и жилой дом в месте такой застройки и по существу оплачивая все расходы застройщика на создание инфраструктуры, остаются зависимыми от застройщика, а проживание в такой застройке превращается для них в достаточно дорогое удовольствие. Граждане, даже если они объединятся, не смогут на равных конкурировать с постоянными участниками рынка строительства (инвесторами, девелоперами и т.п.), поскольку такие объединения граждан при предоставлении земельных участков на конкурсах рассматриваются как рядовые юридические лица. Поэтому закон должен создать условия, при которых объединившимся гражданам было бы проще преодолеть как психологические, так и бюрократические барьеры, связанные со сложностями осуществления самостоятельного строительства.

Действующее законодательство регулирует отношения, возникающие между собственниками помещений в многоквартирных домах, и не учитывает специфику правоотношений по строительству и управлению малоэтажными домами, на практике приобретающих все большее значение. Изменения законодательства, предлагаемые в данной сфере, направлены на урегулирование отношений, возникающих при малоэтажном строительстве, в том числе при участии в строительстве определенных форм объединений граждан, а также в управлении территориями, на которых осуществляется малоэтажная жилищная застройка. В качестве организационно-правовых форм некоммерческих объединений граждан, участвующих в малоэтажной жилищной застройке территорий, могут выступать различные формы кооперативов (закрытые и открытые кооперативы малоэтажного жилья), товарищества индивидуальных застройщиков. Создание правового фундамента для развития малоэтажного жилищного строительства в Российской Федерации одновременно предполагает решение блока экономических вопросов, в том числе в рамках государственных национальных программ.

Гражданское и семейное законодательство России в последние годы развиваются рука об руку, иногда опережая, иногда догоняя друг друга. До революции нормы семейного права составляли часть гражданского и содержались в Своде законов гражданских. После революции 1917 г. кодификация семейного законодательства стала одной из первых кодификаций. Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве (КЗАГС) был утвержден Всероссийским Центральным Исполнительным Комитетом (ВЦИК) 16 сентября 1918 г. <1>, опередив Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. на четыре года. В то же время быстро меняющиеся реалии времени вызвали необходимость продолжения в 20-е годы кодификации семейного законодательства. Новый проект Кодекса законов о браке, семье и опеке РСФСР был утвержден ВЦИК в 1926 г. <2>. В 1969 г., спустя пять лет после принятия Гражданского кодекса РСФСР, был разработан на базе Основ семейного законодательства 1968 г. Кодекс о браке и семье РСФСР <3>, большая часть норм которого действовала до 1996 г. Пришедший ему на смену Семейный кодекс Российской Федерации вступил в силу одновременно с частью второй Гражданского кодекса 1 марта 1996 г. <4>.

<1> СУ РСФСР. 1918. N 76 - 77. Ст. 818.

<2> СУ РСФСР. 1926. N 82. Ст. 612.

<3> Ведомости ВС РСФСР. 1969. N 32. Ст. 1397.

<4> СЗ РФ. 1996. N 1. Ст. 16.

Гражданское законодательство играет существенную роль в регулировании семейных отношений. Внешне это выражается прежде всего в том, что в семейном законодательстве, главным образом в Семейном кодексе России, содержится значительное число гражданско-правовых норм, например, регулирующих имущественные отношения супругов. В то же время Семейный кодекс зачастую ссылается на положения гражданского законодательства и даже прямо

на нормы Гражданского кодекса при регулировании отдельных правоотношений (например, когда дело касается расторжения и признания недействительным брачного договора). Генетическая связь семейного права с гражданским предопределяет сходство и даже совпадение природы многих отношений, регулируемых этими отраслями права. В обществе с рыночной экономикой это становится особенно заметно. В этих условиях в Семейном кодексе было найдено удачное решение о субсидиарном применении к семейным отношениям гражданского законодательства, если это не противоречит существу семейных отношений.

Кодификация семейного законодательства, безусловно, способствовала усилению правовой защищенности членов семьи, развитию принципа диспозитивности в регулировании семейных отношений. Ее связь с кодификацией гражданского законодательства очевидна и дает о себе знать постоянно. В частности, с принятием части четвертой Гражданского кодекса в Семейном кодексе появилась специальная норма, уточняющая режим исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, созданные в период брака. Развитие семейного законодательства в тесном союзе с совершенствованием гражданского становится еще более актуальным в связи с объявлением 2008 года Годом семьи в Указе Президента от 14 июня 2007 г. N 761 "О проведении в Российской Федерации года семьи" в соответствии с Посланием Президента России Федеральному Собранию на 2007 год <1>. Объединение усилий государства, общества, бизнеса вокруг важнейших вопросов укрепления авторитета и поддержки института семьи, базовых семейных ценностей, вероятно, будет иметь одним из результатов и совершенствование нашего семейного законодательства.

<1> Послание Федеральному Собранию РФ Президента России Владимира Путина // Российская газета. 2007. 27 апреля.

Перспективы Гражданского кодекса

Принятие Гражданского кодекса Российской Федерации создало основу процесса обеспечения правового регулирования рыночных отношений, одним из важнейших достижений которого стало восстановление ряда правовых институтов, категорий, существовавших в дореволюционной России, причем восстановление на современном уровне и в соответствии с мировыми стандартами гражданско-правового регулирования. Можно сказать, что в России сформирована система гражданского законодательства, в основе которой лежит Гражданский кодекс Российской Федерации. С учетом части четвертой Гражданского кодекса можно говорить о том, что создана уникальная и логически завершенная система кодификации гражданского законодательства России.

Сложившаяся система нуждается не в переустройстве, коренном изменении, как предлагают некоторые специалисты применительно к части четвертой Гражданского кодекса, а в совершенствовании, раскрытии ее потенциала и выработке механизмов реализации. Гражданский кодекс уже стал и должен оставаться основой становления и развития в государстве цивилизованных рыночных отношений, эффективным механизмом защиты всех форм собственности, а также прав и законных интересов граждан и юридических лиц. Кодекс не требует коренных изменений, но дальнейшее совершенствование гражданского законодательства необходимо. О причинах, методах и формах совершенствования Гражданского кодекса уже подробно говорилось <1>. Следует лишь еще раз напомнить, что главная цель такого совершенствования состоит в том, чтобы учесть в Кодексе огромный опыт его толкования и применения судами и пополнить его часть первую некоторыми нормами, полнее отражающими состояние отношений собственности в нашей стране, более точно регламентирующими статус юридических лиц разных видов. Помня все время о важности задачи сохранить достигнутое единообразие нашего Кодекса с гражданскими кодексами большинства стран СНГ, надо в то же время вести дело к сближению ряда принципиальных положений Гражданского кодекса с регулированием соответствующих отношений в праве Европейского союза. Наконец, надо обратить пристальное внимание на новейший положительный опыт модернизации гражданских кодексов ряда европейских стран с развитой рыночной экономикой - Нидерландов, Германии, а также Франции, где развернуто обстоятельное обсуждение реформы обязательственного права.

<1> См.: Медведев Д.А. Гражданский кодекс России - его роль в развитии рыночной экономики и создании правового государства // Вестник гражданского права. 2007. N 2. С. 7.

Полезно еще раз сказать о том, что условием совершенствования Гражданского кодекса является обеспечение стабильности гражданско-правового регулирования. Изменения Кодекса не должны затрагивать его систему и структуру, влечь кардинальные изменения его понятийного аппарата.

Очевидно, что такая работа может быть успешно проделана лишь на основе тщательно разработанных и всесторонне обсужденных концепций развития гражданского законодательства (о юридических лицах, о собственности на землю и другие природные ресурсы, об общих положениях обязательственного права, о защите личных неимущественных прав и др.).

Представляется, что для разработки таких концепций и для проведения в целом всей работы по модернизации части первой Гражданского кодекса у нас есть хорошо себя зарекомендовавший механизм в виде Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства.

Гражданский кодекс России - это основа для рассмотрения судами общей юрисдикции и арбитражными судами широкого спектра экономических и иных споров, возникающих из гражданских правоотношений. Сегодня наиболее важно обеспечить эффективную реализацию Кодекса и всего действующего гражданского законодательства. В связи с развитием экономических отношений, гражданского законодательства должно совершенствоваться и судопроизводство, правоприменительные механизмы. Доработка и шлифовка гражданского законодательства не дадут должный результат без эффективной системы процессуального законодательства, которое обеспечит исполнение участниками правовых отношений их обязательств. Одним из основных направлений в этой сфере является реализация Концепции федеральной целевой программы "Развитие судебной системы на 2007 - 2011 годы", направленной на обеспечение открытости и прозрачности правосудия, независимости судей, повышение эффективности и качества рассмотрения дел, уровня исполнения судебных актов, доверия к правосудию.

* * *

За последние сто лет и во Франции, и в Германии сменилось несколько конституций. В то же время и Германское гражданское уложение, и Кодекс Наполеона, которые принимались сто и двести лет назад, действуют, хотя и с существенными изменениями и дополнениями. Хочется верить, что по своей значимости, по содержанию принятых законодательных решений, по юридической технике новая российская кодификация гражданского законодательства не уступит названным Кодексам.

И в завершение вновь хотелось бы вспомнить слова Ю.С. Гамбарова, которые, несмотря на прошедшие почти сто лет, актуальны и поныне и в полной мере относятся к Гражданскому кодексу России, кодификации частного права в целом: "Работа права никогда не заканчивается, лучше сказать - всегда возобновляется, и ни один закон не остановит ее движения. Судьба человечества лежит в движении и постоянном развитии. Прогресс идей, потребности практики, внушения различных интересов рождают каждый день новые представления и новые комбинации, неизвестные еще накануне; создание права возобновляется немедленно по формулировании приобретенных результатов. Поэтому кодификация, фиксируя в ясном, простом и сжатом языке те идеи права, справедливость и полезность которых уже признана, и предоставляя свободному обсуждению те идеи, справедливость и полезность которых еще оспаривается", обеспечивает "одновременно и в правильной мере как устойчивость, так и прогресс права" <1>.

<1> Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 152.

ЯКОВЛЕВ В.Ф.

ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: РАЗВИТИЕ ОБЩИХ ПОЛОЖЕНИЙ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Современный Гражданский кодекс Российской Федерации, разработка которого продолжалась 15 лет и завершилась в 2006 г., - самая крупная и полная кодификация гражданского законодательства в истории России. Он состоит из семи разделов, охватывающих все подотрасли гражданского права: право собственности, обязательно-договорное право, наследственное право, права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, а также международное частное право.

Особое место и роль принадлежит разделу I "Общие положения", который представляет собой основу всего гражданского права России, а не только самого Гражданского кодекса РФ.

Раздел "Общие положения" ГК РФ - это общая часть современного гражданского права России. В нем сконцентрировано то общее, что объединяет все подотрасли и институты в единое целое, - гражданское право как отрасль права. В общей части выражена специфика гражданского права, его сущность, его квинтэссенция.

Общие положения ГК определяют состав гражданского права, его систему. Они же позволяют выявить место и функциональное назначение гражданского права в правовой системе в целом.

Создание современного ГК РФ - это существенное развитие российского гражданского права. Наиболее рельефно оно выразилось в фундаментальных положениях общей части Гражданского кодекса.

Гражданский кодекс называют экономической конституцией страны. Это отражает ведущее значение Кодекса в законодательной системе, но не должно затенять то, что он основан, в свою очередь, на исходных положениях Конституции РФ 1993 г., развивает и конкретизирует их, прежде всего в сфере экономики. В этом аспекте ГК является важнейшим средством реализации установлений Конституции, закрепляющей основы конституционного строя новой России и прав и свобод ее граждан.

В "Общих положениях" ГК содержатся нормы, указывающие на предмет регулирования гражданского права, а также раскрывающие все основные элементы правового режима отрасли права - принципы гражданского права, его метод, механизм регулирования и выполняемые им функции.

Как известно, сущность отрасли права коренится в ее предмете, т.е. в регулируемых ею отношениях.

Если сравнить предмет гражданского права советского и современного периодов, то на первый взгляд обнаруживается их тождественность. Предметом гражданского права и тогда и сейчас являются имущественные, а также связанные с ними неимущественные отношения, а в случаях, прямо предусмотренных законом, - и неимущественные отношения, не связанные с имущественными.

Состав отношений, образующих предмет гражданского права, тоже как будто не претерпел изменений. Это отношения по принадлежности имущества определенным лицам, т.е. отношения собственности в ее статике; отношения товарно-денежного оборота имущественных благ, т.е. отношения собственности в динамике; наследственные отношения, также представляющие собой отношения собственности в ее динамике; отношения по поводу охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации (ст. 2 ГК).

В действительности же предмет гражданского права претерпел коренные изменения, что неизбежно повлекло за собой столь же существенную трансформацию самого гражданского права, включая общие положения.

В самом деле, гражданское право советского периода регулировало имущественные отношения, сущность которых состояла в том, что они были отношениями социалистической, публичной собственности, преимущественно государственной. Поэтому и отношения имущественного оборота между государственными предприятиями, принадлежавшими одному собственнику, по существу не были подлинными товарно-денежными связями между собственниками, а представляли собой имущественные отношения, обусловленные лишь использованием товарно-денежной формы. Они не могли регулироваться только гражданским правом, выполнявшим вспомогательные функции, а находились под мощным централизованным административно-плановым регулированием.

Что касается индивидуальной собственности граждан, с участием которых складывались реальные товарно-денежные связи, то она являлась личной собственностью, имевшей лишь потребительское назначение. В целом она не могла использоваться для предпринимательской деятельности. Гражданин участвовал в экономических отношениях как наемный работник и как потребитель. Основными участниками экономических связей в сфере производства были публичные предприятия и их собственник - государство.

Вслед за Конституцией РФ 1993 г. Гражданский кодекс закрепляет и регулирует полноценную частную собственность граждан, в том числе на землю, недвижимость, предприятия. Частная собственность граждан и их объединений стала преобладающей. Отношения экономического оборота становятся реальными товарно-денежными связями, представляющими собой динамику отношений собственности.

Предмет гражданского права существенно расширяется за счет отношений по осуществлению предпринимательской деятельности граждан, которые теперь вправе использовать принадлежащее им имущество для производства и продажи товаров, услуг, выполнения работ, сдачи в аренду и т.п. в целях систематического получения прибыли.

Коренные преобразования отношений собственности влекут за собой столь же глубокие изменения в отношениях по наследованию имущества, а также в использовании имущественных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, которые вовлекаются в товарно-денежный оборот.

В порядке наследования теперь переходит к наследникам все имущество умершего, включая земельные участки, иную недвижимость, предприятия, имущественные права и обязанности, в том

числе связанные с предпринимательской деятельностью, а не только предметы личного потребления, как это было ранее.

Отношения по поводу охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации раньше были предметом регулирования гражданским правом, поскольку представляли собой отношения по принадлежности определенных благ (авторства, средств индивидуализации) конкретным лицам и поэтому строились по модели абсолютного права аналогично праву собственности (отсюда термин "право интеллектуальной собственности"). Кроме того, автор мог приобретать имущественные права вследствие использования результата своей творческой деятельности и распоряжения им, что также происходило в гражданско-правовых формах.

В условиях свободной экономики результаты творческой деятельности и средства индивидуализации (например, товарные знаки) активно вовлекаются в товарно-денежный оборот, в том числе и в сфере предпринимательской деятельности граждан. Поэтому в гражданском праве при разработке части четвертой ГК РФ интенсивное развитие получили договорно-обязательственные институты по распоряжению авторами своими имущественными правами, связанными с использованием объектов интеллектуальной собственности и средств индивидуализации (договор об отчуждении исключительного права - ст. 1234 ГК РФ, лицензионный договор - ст. 1235, договор о залоге исключительного права - п. 5 ст. 1233).

Именно частная собственность становится основой реализации частных интересов граждан. Вместе с тем в экономике присутствуют и публичные интересы, требующие сохранения и использования также и публичной собственности. Публичная собственность (Российской Федерации, ее субъектов, муниципальных образований) необходима для обеспечения выполнения функций публичной власти по охране общества и граждан от противоправных посягательств внутри страны и извне, по государственному регулированию отношений, в том числе экономических, по социальному обеспечению нетрудоспособных, а также по государственной поддержке систем здравоохранения, образования, культуры.

Внутренние отношения публичной собственности могут регулироваться административным, финансовым правом. Что касается внешних отношений с другими собственниками, то они, например по государственным закупкам, заказам, регулируются только гражданским правом.

Поскольку теперь товарно-денежный оборот есть отношения между собственниками, то он не может регулироваться нормами административного права и поэтому является предметом безраздельного регулирования гражданским правом.

Восстановление частной собственности граждан и сопряженного с ней товарно-денежного оборота как исторического первоисточника гражданского права является естественной основой возрождения самого гражданского права в его подлинном виде.

Его нормы наполняются богатым содержанием, а все его юридические черты и характеристики приобретают классический облик.

Прежде всего это относится к принципам, представляющим собой воплощенные в нормах гражданского права основополагающие идеи построения и регулирования экономических отношений.

ГК РФ относит к их числу равенство участников регулируемых отношений, понимаемое как равенство социальных возможностей (правоспособности) граждан; неприкосновенность собственности, в том числе частной; свободу договора, превращающую договор в основной юридический факт для возникновения гражданских прав и обязанностей и в главное средство регулирования их содержания; недопустимость произвольного вмешательства кого-либо (прежде всего государства) в частные дела; необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав; обеспечение восстановления нарушенных прав, их судебной защиты.

Нетрудно заметить, что эти принципы в корне отличаются от тех, что были заложены в преамбуле к тексту ГК РСФСР 1964 г.

Гражданско-правовой метод регулирования получил адекватное предмету радикальное развитие по двум взаимосвязанным направлениям: во-первых, по существенному расширению прав граждан как основных субъектов гражданского права; во-вторых, по наделению субъектов гражданских правоотношений несравненно большей свободой правовых решений.

Если в советское время основными обладателями гражданских прав, прежде всего права собственности и иных вещных прав, выступали государство и создаваемые им как собственником государственные предприятия и учреждения, то теперь основным субъектом гражданских прав становится гражданин. Дозволительность гражданского права обращена прежде всего к нему. Гражданская правоспособность гражданина Конституцией РФ 1993 г. и ГК РФ резко расширена. Теперь его право собственности распространяется и на средства производства, а не только на предметы потребления. Он может заниматься предпринимательской и любой иной не запрещенной законом деятельностью, создавать юридические лица, совершать любые не противоречащие закону сделки, вступать в любые обязательства, иметь права автора

произведений науки, литературы, искусства, изобретений и т.д. (ст. 18 ГК). Существовавшие ранее неоправданные ограничения сняты.

Гражданская правоспособность коммерческих организаций, создаваемых гражданами, также расширена. В отличие от иных организаций они имеют общую, а не специальную правоспособность, т.е. могут иметь гражданские права и обязанности в любой сфере деятельности, не запрещенной законом.

На основе обогащенной правоспособности граждан и юридических лиц существенно расширяется диапазон их субъективных гражданских прав в сфере вещного, обязательственного, наследственного права, права интеллектуальной собственности и средств индивидуализации, внешнеэкономического оборота.

Развитие основанного на нормах гражданского права правообладания сопровождается соответствующими изменениями и в правоохранительной части этой отрасли права. Внедрено равенство в защите права собственности и производных от него прав независимо от видов и форм собственности и субъектного состава. Значительно усилена защита прав гражданина как создателя результатов творческой деятельности. Состав гражданско-правовых санкций также претерпел существенные изменения. Центр тяжести переместился с мер ответственности, что было характерно для советского периода, на меры защиты, средства восстановления и компенсации нарушенных субъективных прав с сохранением, разумеется, мер ответственности, основанных на вине правонарушителя в целях предупреждения гражданских правонарушений.

Основы развития правовой свободы субъектов гражданского права закреплены прежде всего в п. 2 ст. 1 ГК, которая указывает на то, что граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора.

Эти чрезвычайно емкие положения закона являются по существу формулой свободы субъектов гражданских правоотношений. Правовая свобода присутствует и осуществляется на всех этапах гражданско-правового регулирования. Она заложена на уровне гражданско-правовых норм, которые имеют рамочный характер, оставляя широкое поле для волеизъявления самого субъекта, или диспозитивный, позволяя субъектам устанавливать свои правила, имеющие юридическую силу.

Субъекты свободны в реализации своей правоспособности, самостоятельно принимают решения, например, о том, будут ли они заниматься предпринимательской деятельностью и в какой форме, с образованием или без образования юридического лица. Они свободны в установлении, изменении, прекращении своих прав и обязанностей. Они свободны в совершении сделок и заключении договоров. Они свободны в выборе вида заключаемого договора и в выборе контрагента. На основе согласованного волеизъявления стороны свободно определяют условия договора, в частности такие важнейшие условия, как предмет договора и цена товара. Эта свобода особенно ощутима после многолетнего централизованного регулирования товарно-денежного оборота, когда в договорах между государственными организациями в административно-плановом порядке определялись состав сторон договора, его предмет, цена товара. В отношениях между предприятиями торговли и гражданами цена также определялась централизованно.

Субъекты свободны в осуществлении своих субъективных прав (ст. 9 ГК) и обязаны соблюдать лишь рамочные правила ст. 10 ГК о пределах осуществления гражданских прав, например о недопустимости злоупотребления своим правом, в частности в целях причинения вреда другим лицам.

Наконец, стороны свободны в принятии решения о применении или неприменении средств защиты нарушенных прав и обладают правом их выбора, разумеется, с учетом вида самого субъективного права, характера правонарушения и его последствия. Защита происходит исключительно по инициативе потерпевшего, по его иску. Дело о применении принудительных мер защиты не может быть возбуждено судом или иным государственным органом, как это имело место в отношении государственных организаций в советское время.

Трансформация гражданского права в полной мере реализовалась во всех элементах механизма гражданско-правового регулирования: в нормативном массиве гражданского права, в юридических фактах, в гражданских правоотношениях, во всех его элементах - субъектах, объектах, содержании.

Преобразования нормативной базы гражданско-правового регулирования зафиксированы в ст. ст. 3 - 7 ГК.

В соответствии с Конституцией РФ гражданское законодательство относится к ведению Российской Федерации, чем обеспечивается равенство гражданской правоспособности граждан и единство экономического пространства в масштабах страны.

В ст. 3 ГК закреплены приоритет закона в регулировании гражданских отношений, а также иерархия нормативных актов, в которых содержатся нормы гражданского права.

К гражданскому законодательству относятся только сам Гражданский кодекс и принятые в соответствии с ним другие законы, нормы которых должны соответствовать ГК. Это означает, что законодатель не вправе принимать законы, которые не соответствовали бы общим положениям ГК, а также вступали бы в прямое противоречие с другими его нормами.

Нормы гражданского права могут содержаться в указах Президента РФ, которые, однако, не должны противоречить ГК и другим законам.

Правительство РФ вправе принимать постановления, содержащие нормы гражданского права, но исключительно на основании и во исполнение ГК и других законов. В случае противоречия указа Президента РФ или постановления Правительства РФ ГК или иному закону применяется ГК или соответствующий закон.

Что касается министерств и иных федеральных ведомств, то они могут издавать акты, содержащие нормы гражданского права, лишь в случаях и в пределах, предусмотренных ГК, другими законами и иными правовыми актами.

Наиболее крупным изменением в системе источников регулирования гражданских отношений с принятием действующего Гражданского кодекса является превращение договора в основной регулятор гражданских отношений. Это связано с тем, что в условиях преобладания в экономике частной собственности и свободного товарно-денежного оборота государство уже не может вмешиваться в частные дела и предписывать сторонам конкретные условия, определяющие их права и обязанности. Поэтому ушли в прошлое нормативные акты и акты индивидуального регулирования, которыми государство ранее определяло содержание договоров и обязательств между юридическими лицами, а также между ними и гражданами. Все это централизованное регулирование заменено договорным.

Поэтому в соответствии со ст. 1 ГК в ст. 421 Кодекса содержатся правила о том, что граждане и юридические лица свободны в заключении договора. Стороны могут заключить как предусмотренный, так и не предусмотренный законом договор. Условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев (весьма редких), когда содержание условия предписано законом или иным правовым актом. При этом договор должен соответствовать императивным нормам правового акта (ст. 422 ГК). Применение диспозитивной нормы может быть исключено договором либо заменено условием, установленным договором.

Статья 5 ГК допускает применение обычая делового оборота в отсутствие законодательного или договорного регулирования при условии, что обычай не вступает в противоречие с законом или договором.

Статья 6 ГК допускает применение аналогии гражданского закона или аналогии права, при которой используются общие начала и смысл гражданского законодательства, заключенные в общих положениях ГК.

Источником гражданского права в соответствии со ст. 7 ГК являются общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации. При этом в случае расхождения правил национального и международного права применяются правила международного права.

Наконец, следует обратить внимание на то, что в условиях частной собственности и свободного рыночного оборота нормативная база существенно расширилась за счет появления новых институтов, таких, например, как корпоративное право, институт несостоятельности (конкурсное право), продажа земли, предприятий, финансовая аренда, финансирование под уступку права требования, агентирование, доверительное управление имуществом, коммерческая концессия, компенсация морального вреда, новые охраняемые смежные права, средства индивидуализации, а также за счет существенного развития ранее известных отечественному гражданскому праву институтов, таких как оборот ценных бумаг, страхование и др.

Крупные изменения можно констатировать и в основаниях возникновения, изменения и прекращения гражданских правоотношений. Опять-таки на первый взгляд ст. 8 действующего ГК, фиксирующая перечень оснований гражданских прав и обязанностей, мало чем отличается от аналогичной ст. 4 ГК РСФСР 1964 г. Фактически же исчезло такое основание гражданских правоотношений, как акты властного планирования, которые служили предпосылкой и основной базой плано-договорных обязательств между предприятиями и вообще юридическими лицами. По этой причине ушло из обихода понятие плано-договора, который заключался на основе и во исполнение акта властного планирования и конкретизировал его с учетом интересов и возможностей сторон договора. В связи с этим властные акты государственных органов потеряли свое бывшее значение в качестве оснований гражданских прав и обязанностей. Административные акты сохранились в качестве оснований гражданских прав и обязанностей лишь в порядке исключения в некоторых институтах, например в институте опеки и попечительства, в отношениях социального жилищного найма.

С другой стороны, возросло значение таких административных актов, как государственная регистрация предпринимательской деятельности, юридических лиц, прав на недвижимость, изобретений, которая входит в юридические составы, являющиеся основаниями гражданских прав.

Несомненно, что эти виды административных актов адекватны условиям свободного товарно-денежного оборота. Они порождают гражданские права не сами по себе, а лишь в совокупности с волеизъявлением обладателей гражданских прав, которое является основным юридическим фактом. Акты регистрации являются властными лишь по форме, поскольку исходят от компетентных государственных органов, но по существу к таковым не относятся, поскольку не содержат властного веления, адресованного обладателю права.

Основным юридическим фактом в гражданском праве становится сделка, а точнее ее разновидность - договор. Во-первых, это наиболее распространенное основание возникновения регулятивного гражданского правоотношения. И это вполне естественно для нормальных экономических отношений. Во-вторых, договор, как правило, является самостоятельным основанием, он порождает гражданские права и обязанности как таковой, в отсутствие других юридических фактов. В-третьих, он не только порождает гражданские права и обязанности, но и формирует их содержание, поскольку является одновременно регулятором отношений опосредуемого гражданского оборота.

Для того чтобы договор имел юридическую силу, требуется, чтобы он не противоречил закону, причем не только гражданскому.

Спорным является вопрос о том, можно ли считать недействительной сделкой договор, который внешне сам по себе закону не противоречит, но заключен исключительно с целью обойти закон и тем самым избежать исполнения публичной обязанности, например, по уплате налога. По правилам ГК РСФСР 1922 г. такая сделка в обход закона прямо квалифицировалась как недействительная. Действующий ГК такого прямого правила не содержит. Представляется, однако, что по смыслу ст. 168 ГК такая сделка должна относиться к числу ничтожных.

Естественно, что существенные преобразования претерпел центральный элемент механизма регулирования - гражданское правоотношение и соответственно все его элементы - субъекты, объекты, права и обязанности.

С прекращением функционирования системы административно-планового управления экономикой исчез симбиоз административных (вертикальных) и гражданских (горизонтальных) правоотношений, производность вторых от первых. Гражданское правоотношение становится самостоятельной и основной формой экономических связей, отношений собственности и товарно-денежного оборота. Сфера его применения существенно расширяется. Оно является универсальной формой экономических отношений с различным субъектным составом.

Субъектами гражданских правоотношений, как и ранее, выступают физические лица (граждане России, иностранцы, лица без гражданства), юридические лица, а также государственные и муниципальные образования. Однако по существу субъектный состав стал другим. Наиболее распространенным субъектом гражданских правоотношений становятся частные лица - граждане и создаваемые ими с целью извлечения прибыли - коммерческие и без такой цели - некоммерческие организации. Коммерческие организации создаются в форме хозяйственных товариществ (полных и коммандитных), обществ (акционерных, с ограниченной или дополнительной ответственностью), производственных кооперативов. Некоммерческие организации создаются в форме потребительских кооперативов, общественных или религиозных организаций, учреждений, благотворительных и иных фондов. Частные лица становятся основными субъектами не только в сфере потребления благ, но и в сфере их производства и торговли.

Сфера участия государственных, муниципальных образований и создаваемых ими публичных организаций резко сокращается. Тем не менее среди субъектов гражданских правоотношений остаются сами государственные и муниципальные образования и создаваемые ими публичные юридические лица - коммерческие и некоммерческие. К их числу относятся, в частности, государственные и муниципальные унитарные предприятия, а также государственные и муниципальные учреждения со специальной правоспособностью, соответствующей цели их деятельности.

Не менее значимо и расширение круга объектов гражданских правоотношений с участием граждан и создаваемых ими частных организаций. Объектом права собственности граждан могут быть любые вещи, иное имущество, не только предметы личного потребления, но и средства производства, предприятия, земля, недвижимость в виде зданий и сооружений и др. Во владении и пользовании граждан могут находиться недра земли, лесные и водные объекты. Все объекты гражданских прав могут свободно отчуждаться, если они не изъяты из оборота или не ограничены в обороте законом (ст. 128 ГК).

Существенно возросло значение таких объектов, как деньги и ценные бумаги, поскольку они стали средством накопления значительных богатств, а также эквивалентом для приобретения дорогостоящего имущества. Перечень принадлежащих гражданам нематериальных благ, подлежащих гражданско-правовой защите, также существенно расширен (ст. 150 ГК).

Значение гражданского правоотношения для граждан резко возросло. Если в советское время каналом получения дохода для них служили преимущественно трудовые отношения, а

через гражданские правоотношения эти доходы расходовались на приобретение предметов личного потребления, то в настоящее время наиболее значительные доходы приносит использование имущества в гражданском обороте, что повышает экономическую роль и права собственности на имущество, и его использования в гражданском обороте. Немаловажно и то, что имущество может служить основой активной общественно полезной деятельности лица, повышающей его социальный престиж.

Общие положения послужили основанием развития не только регулятивных, но и охранительных институтов гражданского права.

Главное, что должно быть отмечено в первую очередь, - это усиление направленности мер принуждения в гражданском праве на защиту нарушенных субъективных гражданских прав и на предупреждение гражданских правонарушений. В соответствии с этим центр тяжести в использовании принудительных мер переносится с мер ответственности (хотя они сохраняются) на меры защиты нарушенных прав, их восстановление или полную компенсацию.

Значительное развитие в ГК РФ получил институт обеспечения исполнения обязательств в целом и отдельные его способы. Появились такие новые способы обеспечения исполнения обязательств, как удержание, банковская гарантия. Обогатились новыми положениями залог, ипотека.

Способы защиты гражданских прав пополнились такими средствами защиты, как признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления; неприменение судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону (ст. 12 ГК); возмещение убытков, причиненных гражданину или юридическому лицу в результате незаконного действия (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, в том числе издания незаконного акта, за счет Российской Федерации, соответствующего субъекта Российской Федерации или муниципального образования (ст. 16 ГК); компенсация морального вреда, защита деловой репутации; самозащита права; взыскание процентов за пользование чужими денежными средствами вследствие их неправомерного удержания, уклонения от их возврата, иной просрочки в их уплате либо неосновательного получения или сбережения за счет другого лица (ст. 395 ГК).

Введены новые правила, повышающие эффективность применения ранее известных мер защиты и ответственности.

Так, применительно к возмещению убытков установлено, что если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы.

В интересах потерпевшего лица установлено, что если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, нарушившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность независимо от его вины и освобождается от нее лишь при наличии непреодолимой силы.

Вслед за трансформацией отношений, регулируемых гражданским правом, его принципов, метода и механизма регулирования существенно меняются и функции гражданского права.

В меньшей степени это касается чисто правовой функции. Как и ранее, в советское время, гражданское право относится к числу регулятивных отраслей. Оно регулирует, т.е. правовыми средствами конструирует нормальные экономические связи - отношения собственности и товарно-денежного оборота, а также отношения по поводу результатов творческой деятельности и средств индивидуализации.

Разумеется, гражданское право и охраняет регулируемые отношения, защищая своими средствами субъективное право в случае их правонарушения. Но охранительная функция является для гражданского права, в отличие, например, от уголовного или природоохранительного, вспомогательной, основной же служит регулятивная функция.

Гражданское право в соответствии со ст. 2 ГК определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и содержание права собственности и других вещных прав, прав на результаты творческой деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации, регулирует договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, если они основаны на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников.

Однако неотчуждаемые права и свободы и другие нематериальные блага (жизнь и здоровье, достоинство личности, личная неприкосновенность, честь и доброе имя, деловая репутация, неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна, право свободного передвижения, выбор места пребывания и жительства, право на имя, авторство), принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона, лишь защищаются гражданским правом. Отношения по поводу этих благ не регулируются гражданским правом, поскольку они неотчуждаемы и непередаваемы иным способом, не могут быть объектами гражданского оборота.

Что же касается социально-экономических функций гражданско-правового регулирования, то они существенно изменились.

В советское время гражданско-правовое регулирование в соответствии с преамбулой к ГК РСФСР 1964 г. было направлено на укрепление социалистической собственности, социалистической системы хозяйства, планово-договорной дисциплины, хозрасчета государственных предприятий, способствовало использованию товарно-денежных отношений, личной собственности для удовлетворения потребностей граждан.

Современное гражданское право выполняет важнейшую социальную функцию наделения граждан правами на имущественные и неимущественные блага, которые служат, во-первых, источником удовлетворения материальных и духовных потребностей и интересов граждан и, во-вторых, основой активной жизнедеятельности граждан в различных сферах создания материальных и духовных благ. Диапазон принадлежащих гражданам правовых возможностей существенно расширен за счет развития права частной собственности граждан, их участия в товарно-денежном обороте, права заниматься предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической и творческой деятельностью.

Это, в свою очередь, позволяет гражданскому праву выполнять другую, не менее важную функцию обеспечения экономического стимулирования производства, поскольку предпринимательская деятельность и реализация ее продукции приносят наиболее значительные доходы.

Через гражданский оборот, представляющий собой эквивалентный обмен товарно-денежными ценностями, происходит также стимулирование удовлетворения потребностей потребителей производимых благ, поскольку основанная на частной собственности конкуренция требует постоянного совершенствования производства, снижения цены товара и повышения его качества.

Социальная ценность гражданского права в том и состоит, что оно путем правонаделения и наделения правовой свободой, с одной стороны, обеспечивает удовлетворение потребностей и интересов граждан, а с другой - стимулирует их активность по созданию материальных и духовных благ, посредством которых эти потребности и интересы удовлетворяются.

С позиций задач, решаемых в любом современном обществе, гражданскому праву принадлежит ключевая роль как по правовому обеспечению удовлетворения потребностей и интересов граждан, так и по созданию реальных предпосылок для этого.

В советское время возможности гражданского права слабо использовались именно в механизме создания условий удовлетворения потребностей людей. Оно подменялось планово-административными мерами, не позволявшими в полном объеме использовать экономическое стимулирование в системе производства благ, необходимых для их потребителей.

Современное гражданское право, представленное Гражданским кодексом России 1994 - 2006 гг. и другими, принятыми в его развитие законами, в целом пригодно для выполнения исторической задачи формирования гражданского общества с развитыми демократическими институтами и товарно-денежной экономикой, обеспечивающими достойную жизнь граждан, их права и свободы.

По существу завершение работы над ГК представляет собой возрождение частного права, т.е. той части права, которая обеспечивает частные права, интересы и свободу граждан. В сфере частного права господствует и является хозяином именно гражданин, а не государство, что развязывает инициативу граждан и позволяет использовать для развития общества весь его огромный потенциал.

Современное гражданское право является частным по всем его параметрам и характеристикам:

- оно регулирует отношения собственности, в которых допускается и преобладает частная собственность. Это в полной мере относится и к товарно-денежному обороту, интеллектуальной собственности. Регулируемые гражданским правом отношения - это невластные, горизонтальные общественные связи. Они являются отношениями, господствующими в современной экономике России;

- применение гражданского права обеспечивает интересы конкретных участников отношений, прежде всего граждан, т.е. частные интересы;

- участники отношений обладают имущественной самостоятельностью, правовой автономией и свободой, которые позволяют им устанавливать и осуществлять права и обязанности своей волей и в своем интересе. Поэтому гражданско-правовое регулирование является децентрализованным, основанным на широком использовании договора.

Отношениям собственности, регулируемым гражданским правом, принадлежит фундаментальная роль в системе экономических отношений. От них производны иные экономические отношения - трудовые, по использованию природных ресурсов и др. Поэтому гражданское право образует ядро частного права, с которым связаны иные, отпочковавшиеся от него отрасли частного права - семейное, трудовое и др.

В силу этого само гражданское право служит главным правовым средством преобразования отношений собственности, их упорядочения, стабилизации, внедрения в них режима законности и правопорядка. Оно же предоставляет правовые средства использования стимулирующего экономического развития, утверждения начал деловой активности и обеспечения прав граждан.

Следует, однако, различать право на бумаге как предпосылку и право как реальность, внедрение его в жизнь. Потенциал права зависит от совершенства его норм, но раскрывается через реальные отношения.

Рыночная экономика децентрализована по самой своей сути. Ее участниками являются все производители, торговцы, потребители благ. Множественность участников со своими интересами создают основу не только для гармонизации интересов, но и для их противоречий и конфликтов. Вследствие этого экономика рынка включает в себе не только факторы позитивного развития, но и значительные риски и опасности, не учитывать которые недопустимо. Частный интерес раскрывает свои достоинства лишь постольку, поскольку не представляет собой угрозы для интересов других лиц. Поэтому его реализация должна происходить по правовым правилам, в четких границах, определяемых интересами других участников рынка.

Практика формирования рыночной экономики в России показала, насколько сложным и многоаспектным является этот процесс.

Сама по себе приватизация государственной собственности создает лишь исходные предпосылки для формирования эффективной рыночной экономики, но отнюдь не гарантирует ее появления. Более того, она сопряжена с разрушением прежней системы хозяйствования и, следовательно, дестабилизирует экономические отношения, прежде всего фундамент экономики - собственность. Процесс дестабилизации экономических отношений может выйти из-под контроля общества и, раз начавшись, продолжаться длительное время. Затянувшаяся нестабильность отношений переходного периода, особенно отношений собственности, может создавать серьезные препятствия для нормализации экономических отношений и введения их в стадию позитивного развития.

Поэтому одна из главных задач переходного периода состоит в максимальном использовании правовых средств для стабилизации и охраны законных прав собственности. Требуется, чтобы принцип неприкосновенности собственности, как и другие принципы гражданского права, был последовательно реализован в конкретных нормах права и в практическом их применении.

При этом законная собственность должна быть защищена от противоправных посягательств как со стороны частных лиц, так и со стороны публичной власти и от совокупных действий тех и других, как это происходит с использованием коррупционных механизмов. Примеры такого рода передела собственности - использование институтов банкротства для захвата успешно работающих производств, а также продолжающаяся практика незаконных рейдерских захватов чужого имущества.

Другой опасностью, которая должна преодолеваться правовыми средствами, является злоупотребление правом и недобросовестность в области предпринимательской деятельности.

К их числу относится прежде всего злоупотребление монопольным положением на рынке, как естественными монополиями, так и искусственно создаваемым монополизмом и нарушением правил конкуренции, например на продовольственных или вещевых рынках посредством создания препятствий для конкурентов или установлением монопольных цен.

Острой является проблема защиты прав и интересов экономически слабой стороны в отношениях по использованию частными лицами наемного труда и в отношениях по реализации товаров, результатов работ, услуг гражданину-потребителю. Не отработаны до конца как система выявления, предупреждения правонарушений, так и система защиты потерпевших от состоявшихся правонарушений. Слабо в этой сфере используются такие институты гражданского общества, как профсоюзы и общества защиты потребителей, а также средства массовой информации. Наблюдается массовое использование текстов договоров присоединения, в которых условия договора страдают односторонностью в обеспечении интересов сторон участников.

Рыночная экономика в условиях России грозит хищническим использованием и уничтожением природных ресурсов.

Немало опасностей для экономики страны в целом и отдельных субъектов представляет сфера внешнеэкономических связей.

Наконец, большие усилия должны быть затрачены для защиты публичной собственности, используемой в гражданском обороте, в целях предотвращения противоправного завладения публичной собственностью или нерациональным использованием бюджетных средств.

Принятие эффективных мер защиты по всем означенным направлениям невозможно без активного участия государственных и муниципальных структур законодательной, исполнительной, правоохранительной, судебной власти. Эффективность мер публичной власти, в свою очередь, в решающей степени будет зависеть от успешности преодоления явлений коррупции.

Для преодоления названных опасностей и для обеспечения выполнения гражданским правом своего назначения на уровне требований Конституции РФ и общих положений Гражданского кодекса РФ требуется предпринять дополнительные усилия по следующим направлениям.

Во-первых, необходимо обеспечить надлежащее взаимодействие гражданского права с другими отраслями права.

Это вызвано тем, что сами регулируемые гражданским правом отношения пересекаются с сопредельными отношениями, регулируемые другими отраслями права. Соответственно этому в применение гражданского права вплетаются элементы других отраслей права. Например, гражданское право активно взаимодействует с административным правом, регламентирующим государственную регистрацию гражданских прав, таких как право собственности на недвижимость, результаты интеллектуальной деятельности, средства индивидуализации, регистрацию предпринимательской деятельности, юридических лиц. Защита нарушенных гражданских прав происходит на основе совокупного применения материального гражданского и процессуального права. Гражданские права охраняются также нормами административного и уголовного права. Поэтому эффект гражданско-правового регулирования не может быть достигнут в полной мере, если не обеспечивается должного совокупного применения ряда отраслей права. Так, в отсутствие эффективной защиты мерами уголовно-правового характера права собственности, прав на результаты интеллектуальной деятельности ценность гражданско-правового регулирования резко снижается или сходит на нет.

Необходимо, следовательно, системное регулирование отношений собственности и товарно-денежных связей.

Важно при этом, чтобы было правильно определено соотношение частного и публичного права. Оно может быть различным в правовой системе. Это соотношение в целом устанавливается Конституцией РФ, которая является источником и публичного, и частного права.

В советское время ввиду ведущего значения публичной собственности первенствовало публичное право. Элементы частного права относились к производным, к элементам второго порядка.

Действующая Конституция РФ меняет это соотношение. В гл. 1 "Основы конституционного строя" человек, его права и свободы признаются высшей ценностью. На государство возлагается обязанность признания, соблюдения и защиты прав и свобод человека и гражданина. Эти отправные положения, как и гл. 2 "Права и свободы человека и гражданина", выводят частное право в центр правовой системы России. Публичное право, регламентирующее деятельность государства, призвано обеспечивать реализацию и защиту норм частного права. По Конституции РФ не человек существует для государства, а государство для человека. Иной подход означает нарушение Конституции РФ.

Сообразно этому нормы публичного права призваны обеспечивать полную реализацию норм частного права, не создавать препятствий в возникновении и реализации частных прав.

Поэтому требуется тщательный анализ смежных норм публичного права с позиции их эффективности для реализации норм частного права.

Очевидна, например, необходимость совершенствования процедур регистрации юридических лиц. Во-первых, было бы целесообразно передать регистрацию из ведения налоговых органов регистрационной службе Министерства юстиции РФ. Во-вторых, процедура регистрации должна обеспечивать проверку достоверности и соответствия закону представляемых в регистрационный орган документов и сведений, что позволило бы предотвращать регистрацию фактически не существующих организаций, а также регистрацию по подложным документам с целью последующего совершения действий по противоправному захвату чужого имущества.

Необходимо расширение числа составов экономических преступлений в сфере отношений собственности, договорно-обязательственных связей, кредитно-расчетных отношений, оборота ценных бумаг. Полезно использовать опыт применения уголовно-правовых мер для предупреждения экономических правонарушений в странах с развитой рыночной экономикой.

Требуется дальнейшее совершенствование системы защиты субъективных гражданских прав на основе сочетания судебных и несудебных процедур.

В целях обеспечения доступности правосудия и предотвращения перегрузки судов необходимо внедрить обязательные досудебные (в том числе переговорные) процедуры как по гражданским, так и особенно по административным (налоговым, таможенным и др.) делам. Для этого следует тщательно отработать организацию и процедуры досудебного урегулирования споров, связав их с судебными процедурами. Целесообразно принять дополнительные меры по использованию альтернативных методов разрешения споров, таких как третейское разбирательство, посредничество.

Для повышения эффективности судебной защиты гражданских прав целесообразно законодательно усовершенствовать распределение дел между судебными системами и уровнями

судов. Например, в ведение арбитражных судов следует передать все корпоративные споры, в том числе связанные с назначением и увольнением управляющих компаниями. Следует разгрузить мировых судей, перераспределив подсудность дел между ними и районными судами.

Для повышения качества разрешения сложных споров необходимо шире использовать специализированные суды. Например, целесообразно создание специализированных судов по разрешению споров, возникающих по применению авторского, патентного права, а также по регулированию использования средств индивидуализации субъектов предпринимательской деятельности и товаров.

Нуждается в дальнейшем укреплении и совершенствовании система исполнения судебных решений. Во-первых, целесообразно ввести поощрительные меры за добровольное исполнение административных и судебных решений, а также дополнительные санкции за неисполнение и уклонение от исполнения решений. Во-вторых, следовало бы усилить систему материального стимулирования активных действий судебных приставов по обеспечению исполнения судебных решений.

Эти меры могли бы способствовать внедрению гражданского права в реальную жизнь.

Несомненно, завершением кодификации работа по совершенствованию гражданского права не заканчивается.

Во-первых, должна продолжаться работа по подготовке и совершенствованию законов, в которых общие положения ГК находят свою реализацию.

Во-вторых, необходимо улучшение и самого Гражданского кодекса РФ. Следует, однако, избегать внесения в него частых и недостаточно проработанных изменений, стремление к чему наблюдается. Совершенствование Кодекса должно происходить на основе глубоких концептуальных разработок, являющихся результатом тщательного анализа опыта применения ГК и возникающих при этом новых значимых проблем.

Многое можно улучшить и через достижения судебной практики по толкованию и применению норм ГК на уровне постановлений пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, особенно совместных, а также правовых положений Конституционного Суда РФ, обеспечивающих единообразие судебной практики и ее направленность на реализацию Конституции РФ и общих положений Гражданского кодекса РФ.

МАКОВСКИЙ А.Л.

КОДИФИКАЦИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И РАЗВИТИЕ ОТЕЧЕСТВЕННОГО МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Гражданский кодекс России связан с международным частным правом "двойными узами". Создание Гражданского кодекса (ГК) потребовало решения двух кардинальных для международного частного права любой страны вопросов - о месте российских норм международного частного права в системе отечественного законодательства (I) и об имплементации в национальное законодательство норм, унифицированных посредством универсальных международных договоров, в которых участвует Российская Федерация (II). Настоящая статья посвящена первому из этих вопросов.

* * *

Без малого сто лет тому назад Александр Николаевич Макаров, первый исследователь советского международного частного права, впоследствии обретший мировую известность <1>, характеризуя национальные источники коллизионного права, прежде всего называл гражданские кодексы. "Национальные коллизионные нормы, - писал он, - включаются иногда в гражданские кодексы (в некоторых уложениях они внешне обособлены в отдельные главы, в других их приходится разыскивать в общей массе норм материального гражданского права), иногда они выносятся за пределы кодекса и помещаются в закон о введении его в действие" <2>. В подтверждение автор ссылался на целый ряд западноевропейских гражданских кодексов конца XVIII - XIX в. <3>.

<1> См.: Жильцов А.Н., Муранов А.И. In memoriam // Международное частное право. Иностранное законодательство. М., 2001. С. 48 - 54. А.Н. Макаров прожил в Германии более полувека (1925 - 1977), был одной из основных фигур при создании закона ФРГ о гражданстве, за что был удостоен высшей государственной награды. Без сомнения, А.Н. Макаров мог получить германское гражданство, но он предпочел остаться апатридом.

<2> Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М., 1924. С. 11.

<3> А.Н. Макаров называет Прусское земское уложение 1794 г., Французский гражданский кодекс 1804 г., Австрийское гражданское уложение 1811 г., Саксонское гражданское уложение 1863

г., гражданские уложения Италии 1865 г., Португалии 1868 г., Испании в редакции 1889 г., "ряд южно-американских кодексов", а также закон о введении в действие Германского гражданского уложения (Макаров А.Н. Указ. соч. С. 12).

Очевидно, из осторожности автор не упомянул при этом, без сомнения, хорошо ему известный проект Гражданского уложения Российской империи: открывавшее этот проект Положение о введении в действие Гражданского уложения содержало в двенадцати статьях (ст. ст. 3 - 14) весьма подробную для того времени систему коллизионных норм <1>.

<1> Кодификация российского гражданского права / Сост. Д.В. Мурзин. Екатеринбург, 2003. С. 329 - 330.

Отметив, что в СССР коллизионное право развивается как законодательство отдельных республик, а число коллизионных норм в РСФСР "исключительно невелико", А.Н. Макаров еще тогда предложил путь развития отечественного международного частного права. "Нельзя не пожелать, - писал он, - чтобы эта отрасль правопорядка нашла себе место в нашем положительном законодательстве, притом в законодательстве общесоюзном, а не отдельных составных частей СССР: единству "основ" гражданского правопорядка, предусматриваемому союзной конституцией, должно соответствовать единство норм коллизионных" <1>.

<1> Макаров А.Н. Указ. соч. С. 15. Говоря о "единстве "основ" гражданского правопорядка", А.Н. Макаров имел в виду положение Конституции СССР 1924 г., согласно которому "установление основ... гражданского... законодательства" было отнесено к ведению СССР (п. "п" ст. 1), а не союзных республик.

Этому пожеланию суждено было сбыться лишь в 1961 г., когда были приняты Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик <1>. Тогда, почти исключительно трудами Лазаря Адольфовича Лунца, был разработан и включен в эти Основы разд. VIII "Правоспособность иностранцев и лиц без гражданства. Применение гражданских законов иностранных государств и международных договоров и соглашений" из восьми статей (ст. ст. 122 - 129). Из них две предусматривали национальный режим правоспособности иностранных граждан и лиц без гражданства, одна ограничивала применение иностранного закона своеобразным правилом о публичном порядке и одна устанавливала приоритет международного договора перед национальным законом. Три статьи содержали коллизионные нормы о форме сделки, об обязательствах по внешнеторговым сделкам и о наследовании.

<1> Ведомости Верховного Совета СССР. 1961. N 50. Ст. 526.

Это был весьма ограниченный набор норм международного частного права, и жизнь заставила впоследствии (в 1977 г.) значительно расширить его - до тринадцати статей <1>. Тем не менее сам факт появления этого раздела в Основы гражданского законодательства был принципиально важным в нескольких отношениях.

<1> Это было сделано Указом Президиума Верховного Совета СССР от 16 мая 1977 г. (Ведомости Верховного Совета СССР. 1977. N 21. Ст. 313).

Во-первых, в отечественном законодательстве была впервые создана пусть небольшая, но все же система норм, принадлежность которых к международному частному праву представлялась очевидной. Очевидным было и то, что система эта состояла из трех разных по значению групп норм - коллизионных, о правовом статусе иностранцев и общих, хотя структурно такое их подразделение и не было в Основы оформлено. Важно, что среди них были нормы, заведомо общие по отношению к специальным коллизионным нормам других законов (нормы о публичном порядке, о преимущественной силе правил международных договоров).

Во-вторых, де-факто была признана исключительная компетенция общесоюзного законодателя в том, что касается регулирования отношений, связанных с применением гражданских законов иностранных государств. Хотя прямо из Основ и других законов это не вытекало, но это было без разногласий принято и доктриной, и практикой, и все союзные республики ограничились точным воспроизведением в своих ГК текста разд. VIII общесоюзных Основ. Формальное решение этот вопрос получил лишь в Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (подп. 7 п. 2 ст. 2) <1> и затем был аналогично решен в Конституции РФ (п. "п" ст. 71), хотя и не самым ясным образом.

<1> Ведомости СНД и ВС СССР. 1991. N 26. Ст. 733.

В-третьих, включением в Основы гражданского законодательства 1961 г. норм, составивших содержание разд. VIII этих Основ, законодателем была ясно и недвусмысленно определена отраслевая принадлежность этих норм в общей системе законодательства как норм гражданского права.

В-четвертых, включив нормы международного частного права в Основы гражданского законодательства, а нормы международного гражданского процесса в принятые в тот же день, 8 декабря 1961 г., Основы гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик (разд. VI, ст. ст. 59 - 64) <1>, законодатель избрал путь отраслевой кодификации тех и других норм, а не путь их объединения в комплексном нормативном акте.

<1> Ведомости СНД СССР. 1961. N 50. Ст. 526. Следующим шагом в этом направлении было принятие 20 сентября 1968 г. Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье, в которых разд. V (ст. ст. 30 - 39) содержал нормы международного частного семейного права (Ведомости Верховного Совета СССР. 1968. N 27. Ст. 241).

В-пятых, объединением норм международного частного права в Основных гражданского законодательства 1961 г. в виде одной из основных структурных единиц этого Закона ("раздел"), равноценной другим его таким же структурным единицам, законодатель создал особый тип структурных подразделений в актах кодификации гражданского права. В основе такого обособления норм международного частного права в кодификационных законах лежит не один, а два признака: (1) отношения, осложненные иностранным элементом, рассматриваются как особый предмет регулирования и в то же время (2) нормы, регулирующие такие отношения, выносятся в качестве общих за "скобки" других специальных норм.

Необходимость так подробно останавливаться на кодификации 1961 г. вызвана не только тем, что именно тогда, почти полвека назад, отечественное международное частное право впервые обрело четкие законодательные формы, но в еще большей мере тем, что тогда были заложены принципиальные основы и последующего развития этой области законодательства, и понимания и квалификации законодателем природы и сущности международного частного права. Выразилось это в том, что отечественное коллизионное право сформировалось тогда как особая область частного права (гражданского и семейного), кардинально отличная от тесно связанной с ней публично-правовой области международного гражданского процесса и отличающаяся от других областей частного права двойственной природой своих норм - как специальных по отношению к любому конкретному институту частного права и как общих в их совокупности по отношению к этим институтам, взятым вместе.

Конечно, правило о том, что отношения наследования определяются по закону страны последнего места жительства наследодателя (ст. 127 Основ 1961 г.), специально по отношению к другим нормам гражданского законодательства о наследовании: необходимость в применении этого правила возникает лишь тогда, когда наследственное правоотношение осложняется иностранным элементом. Но в то же время этот один-единственный признак - регулирование отношений, осложненных иностранным элементом, - хотя он и наполняется в конкретных ситуациях разным содержанием, делает одинаково специальными все коллизионные нормы международного частного права, что позволяет объединять эти нормы, формулировать для них и даже "выносить за скобки" некоторые общие правила (о квалификации, взаимности, обратной отсылке, публичном порядке и др.) и в конечном счете рассматривать их в совокупности как своеобразные общие нормы частного права <1>. Эта двойственность коллизионных норм - основной и наиболее специфичной части международного частного права - и позволяет рассматривать коллизионное право как своего рода надстройку над другими нормами гражданского права, специально созданную для регулирования отношений, осложненных иностранным элементом, как своеобразный "слой" гражданского права, пролегающий через все его конкретные институты, хотя и не в равной мере <2>.

<1> Этим "своеобразием" объясняется отмеченная еще А.Н. Макаровым многовариантность решения вопроса о месте коллизионных норм в кодификациях гражданского права: их помещают то во вводные законы, то в "тело" кодекса, то в его начало, то, наоборот, в конец.

<2> См.: Маковский А.Л. Проблема природы международного частного права в советской науке // Проблемы совершенствования советского законодательства: Труды ВНИИСЗ. Вып. 29. М., 1984. С. 224 и др.

Тогда же, в 1961 г., при кодификации гражданского законодательства был сделан еще один крупный шаг, принципиально важный для отечественного права в целом и в то же время проливающий дополнительный свет на природу и состав российского международного частного права. Речь идет о знаменитой ст. 129 Основ гражданского законодательства, впервые в

законодательстве признавшей преимущественную юридическую силу международного договора, в котором участвует наше государство, над отечественным законом, содержащим отличные от этого договора правила.

Когда 30 лет спустя эта норма наконец обрела статус конституционного принципа в ч. 4 ст. 15 Конституции России и стала без всякой нужды повторяться во многих десятках законов, издаваемых по частным поводам, о ее цивилистическом происхождении стали забывать. Между тем оно не случайно. И рождена на свет эта норма тем реальным противостоянием международного и национального права, масштабы которого в частном праве несопоставимы с другими отраслями права из-за экстерриториальности частного права и его обширной международно-договорной унификации. Тем самым в Основах 1961 г. был заложен фундамент не только российского коллизионного права, но и беспрепятственного действия в системе национального законодательства тех норм, которые составляют вторую область международного частного права, - материальных гражданско-правовых норм, унифицированных в международных договорах.

Нелишне еще раз напомнить, что создание законодательных основ отечественного международного частного права происходило при непосредственном и активном участии самого крупного специалиста тех лет в науке международного частного права - Л.А. Лунца <1>, имя которого не утратило высокого авторитета до наших дней. Им же, как ни странным это может показаться на первый взгляд, была в начале 1970-х гг. предложена идея принятия специального закона о международном частном праве, осуществленная уже в конце 1980-х гг. его учениками. Самым значительным шагом на пути реализации этой идеи была подготовка учениками Л.А. Лунца в 1989 - 1990 гг. проекта закона СССР "О международном частном праве и международном гражданском процессе" <2>.

<1> Из коллег Л.А. Лунца, создававших Основы гражданского законодательства 1961 г. (Б.С. Антимонов, С.Н. Братусь, Д.М. Генкин, К.А. Граве, П.С. Орловский, В.И. Серебровский, Е.А. Флейшиц, Р.О. Халфина), международным частным правом никто всерьез не интересовался и тем более не занимался.

<2> Текст проекта, объяснительной записки к нему и краткое изложение его обсуждения в ученом совете ВНИИ советского государственного строительства и законодательства 25 апреля 1990 г. см. в кн.: Материалы по иностранному законодательству и международному частному праву. Труды ВНИИ сов. гос. стр-ва и зак-ва. N 49. М., 1991. С. 123 - 161. Проект был подготовлен О.Н. Садиковым, Н.И. Марышевой и автором настоящих строк по инициативе О.Н. Садикова.

Последний вариант проекта (1992 г.) состоял из 67 статей, из которых 16 были посвящены общим положениям международного частного права, 7 - правовому статусу субъектов права, 15 статей содержали коллизионные нормы гражданского права, 12 относились к семейному праву, 16 - к международному гражданскому процессу и 1 статья - к трудовому праву.

Сейчас, когда по прошествии почти 20 лет глядишь "на дело рук своих", хорошо видишь ту единственную и вполне серьезную причину, которая породила тогда и саму идею создания такого закона, и попытки воплотить эту идею в жизнь. Причиной этой было вполне оправданное и всеми специалистами поддерживаемое отнесение специального регулирования отношений, осложненных иностранным элементом, к исключительной компетенции Союза ССР при одновременном отсутствии правовых форм полноценной отраслевой кодификации соответствующих общесоюзных норм. Говоря проще, "втиснуть" все необходимые нормы международного частного права и международного гражданского процесса в соответствующие "основы" не позволяли назначение этих законов и разумное отношение к их архитектонике, а издание ГК СССР или ГПК СССР наряду с этими "основами" и одноименными кодексами республик не укладывалось в формулы общесоюзной конституции <1>. Издание в тех условиях предлагавшегося одного комплексного общесоюзного закона позволяло "одним махом" восполнить пробелы трех общесоюзных "основ" и удобно собрать "под одной обложкой" все основные законодательные нормы, рассчитанные на отношения гражданского права, осложненные иностранным элементом.

<1> Кажется, лишь два человека тогда понимали целесообразность издания такого ГК для кодификации обширнейшего массива общесоюзных законодательных норм гражданского права (см.: Маковский А.Л. Формы кодификации общесоюзного гражданского законодательства // Ученые записки ВНИИСЗ. Вып. 14. М., 1968. С. 75 - 87; Толстой Г.К. Кодификация гражданского законодательства в СССР (1961 - 1965 гг.): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1970. С. 26 - 27).

Но тогда же, почти сразу вслед за разработкой и обсуждением проекта автономного комплексного закона о международном частном праве и международном гражданском процессе, лежащая в его основе идея отказа от отраслевой кодификации законодательства, относящегося к

этим сферам <1>, была законодателем отвергнута вполне определенно. 31 мая 1991 г. были приняты уже упоминавшиеся Основы гражданского законодательства СССР и республик, содержавшие разд. VII "Правоспособность иностранных граждан и юридических лиц. Применение гражданских законов иностранных государств и международных договоров". Он состоял из пятнадцати статей (ст. ст. 156 - 170), представлявших собой такую же систему норм международного частного права, как и в Основах гражданского законодательства 1961 г.: 1) нормы общие, 2) о правовом статусе иностранцев и 3) коллизионные.

<1> Как было сказано в объяснительной записке к проекту, в случае его принятия в качестве закона "соответствующие положения, содержащиеся в Основах гражданского законодательства СССР, Основах законодательства СССР о браке и семье и Основах гражданского судопроизводства СССР, будут из указанных актов исключены" (Материалы по иностранному законодательству... С. 150).

Примечательно, что одним из главных источников разд. VII Основ гражданского законодательства 1991 г. стал проект закона СССР "О международном частном праве и международном гражданском процессе". Из него были заимствованы не только новые коллизионные нормы (о личных неимущественных правах, об обязательствах по внешнеэкономическим сделкам и др. - ст. ст. 163, 166), но и ряд положений общего характера - об основаниях применения, об установлении содержания и об ограничениях применения иностранного права (ст. ст. 156 - 158).

Таким образом, в 1991 г. была подтверждена обоснованность избранного за 30 лет до этого пути кодификации отечественного международного частного права. Нормы Основ 1991 г. о международном частном праве действовали на территории Российской Федерации почти 10 лет, до 1 марта 2002 г., когда их применение было прекращено в связи с вступлением в действие в составе части третьей ГК раздела VI "Международное частное право" <1>. Упомянутый проект единого комплексного закона о международном частном праве и международном гражданском процессе, трансформированный уже в проект федерального российского закона, был в 1992 г. внесен в Верховный Совет РСФСР и даже включен в один из его планов законопроектных работ, но принят не был.

<1> См. ст. 3 Федерального закона от 26 ноября 2001 г. N 147-ФЗ "О введении в действие части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации" (СЗ РФ. 2001. N 49. Ст. 4553).

До принятия части третьей ГК в российском законотворчестве по меньшей мере дважды возникал серьезный повод для того, чтобы вернуться к вопросу о принятии названного федерального закона - при разработке и принятии в 1995 г. Арбитражного процессуального и Семейного кодексов Российской Федерации <1>. Но этого не произошло.

<1> В Арбитражный процессуальный кодекс 1995 г. (СЗ РФ. 1995. N 19. Ст. 1709) были включены нормы международного гражданского процесса (разд. V "Производство по делам с участием иностранных лиц", ст. ст. 210 - 215). В Семейный кодекс (СЗ РФ. 1996. N 1. Ст. 16) вошли нормы международного частного семейного права (разд. VII "Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства", ст. ст. 156 - 167).

Вновь идея создания и принятия автономного комплексного закона о международном частном праве и международном гражданском процессе подверглась проверке лишь в связи с подготовкой раздела о международном частном праве для части третьей ГК по инициативе разработчиков Кодекса. Делалось это несколько раз <1>.

<1> См.: Маковский А.Л. Концепция развития российского законодательства в сфере международного частного права // Правовая реформа: концепции развития российского законодательства. М., 1995. С. 209 - 218; Он же. Концепция развития российского законодательства в сфере международного частного права // Концепции развития российского законодательства. 3-е изд. М., 1998. С. 244 - 253.

Первым результатом такой проверки (1995 г.) был вывод о том, что "после долгого обсуждения" выбор способа кодификации законодательства в этой сфере "сделан не в пользу издания единого закона о международном частном праве и международном гражданском процессе", а в пользу кодификации соответствующих норм в трех отраслевых Кодексах - ГК, ГПК и Кодекса о браке и семье. В то же время не исключалось издание "небольшого" закона, содержащего "только правила, общие для всех подотраслей" международного частного права <1>.

При анализе ситуации через три года (1998 г.) этот вывод был повторен и обращалось внимание на то, что настало время, когда "необходимо окончательное решение в той или иной форме кодификации МЧП". В качестве возможного варианта предлагалось обособить кодификацию норм международного гражданского процесса как норм публичного права, а общие нормы международного частного права сосредоточить в ГК, сделав к ним при необходимости ссылки в других частноправовых кодексах (Семейном, Трудовом). Обращалось внимание и на то, что "с принятием третьей части ГК предполагается сделать следующий (очередной, решающий) шаг в направлении отраслевой кодификации МЧП" <2>.

<1> Маковский А.Л. Концепция развития... 1995. С. 216 - 217.

<2> Маковский А.Л. Концепция развития... 1998. С. 247 - 248.

По обстоятельствам, не связанным с международным частным правом, этот шаг удалось сделать лишь три года спустя, когда 26 ноября 2001 г. Президентом России был подписан Федеральный закон N 146-ФЗ - Гражданский кодекс Российской Федерации, часть третья <1>. Включением в эту часть ГК раздела VI "Международное частное право" (ст. ст. 1186 - 1224) завершилось на тот момент создание отечественного коллизионного права - важнейшей части международного частного права как особой подотрасли российского гражданского законодательства.

<1> СЗ РФ. 2001. N 49. Ст. 4552.

Этот шаг был важным во всех тех отношениях, о которых говорилось выше применительно к включению соответствующего раздела (разд. VIII) в Основы гражданского законодательства 1961 г. В частности, в разд. VI ГК получила формальное выражение в структуре этого раздела (гл. 66 - 68) та система норм коллизионного права, которая была создана еще в Основах 1961 г. Но в нормах Гражданского кодекса проявились по крайней мере три новых принципиально важных аспекта регулирования отношений, подпадающих под действие гражданского законодательства.

Во-первых, в ст. 1186 ГК впервые в отечественном законодательстве были определены те условия, при наличии которых только и возможно применение в пределах российской юрисдикции к отношениям, регулируемым гражданским законодательством (ст. 2 ГК), права другого государства. Таких условий два: (1) осложнение соответствующего отношения иностранным элементом и (2) необходимость применения к этому отношению иностранного права в силу одного из трех оснований - международного договора Российской Федерации, российского федерального закона либо признаваемого в России обычая. Из совокупности этих двух положений видно, что правила национального закона, допускающие (если это диспозитивные нормы) или предписывающие (если они императивны) применение иностранного права, представляют собой самоограничение государством своего суверенитета в важнейшей сфере - в сфере правового регулирования.

Во-вторых, увеличение в ГК объема и углубление детализации правового регулирования отношений, осложненных иностранным элементом <1>, по сравнению с прежним законодательством ясно показали, что применение к этим отношениям иностранного права является для российского законодательства не случайностью, а проявлением определенной закономерности и, следовательно, основано на мотивах принципиального характера.

<1> "Простое количественное сравнение числа статей, содержащихся в разделе VII ОГЗ 1991 г. (15 статей), и правил раздела о МЧП ГК РФ (39 статей) наглядно показывает, что последний носит намного более подробный характер. Дело, однако, не только в чисто арифметической стороне. Главное заключается в содержании предлагаемых положений, в их большей разработанности и значительной новизне для нашего законодательства" (Зыкин И.С. Развитие международного частного права в свете принятия части третьей - Гражданского кодекса Российской Федерации // Государство и право. 2002. N 12. С. 57).

В-третьих, в ГК коллизионное регулирование отношений, осложненных иностранным элементом, стало значительно более либеральным по сравнению с предшествующим законодательством, возможности применения в рамках отечественного правопорядка иностранного права существенно расширились. Это проявилось в увеличении числа двусторонних и, что еще важнее, диспозитивных коллизионных норм (последнее означает предоставление большего поля действия принципу автономии воли), в ограничении действия оговорки о публичном порядке и правил о взаимности.

В-четвертых, в ГК предусмотрено значительно более гибкое, чем прежде, решение коллизионных вопросов, так как в основу решения многих из них положен принцип наиболее

тесной связи отношения, осложненного иностранным элементом, с правом определенной страны <1>.

<1> Подробнее см.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный). 2-е изд. М., 2006. С. 342 - 345.

Оценивая значение раздела VI ГК в целом, один из основных разработчиков проекта этого раздела заметил, что его вступление в силу стало "этапной и отрадной вехой в развитии российского международного частного права" <1>.

<1> Зыкин И.С. Указ. соч. С. 61.

Казалось бы, этим шагом законодатель на долгое время поставил основательную точку в дискуссии о путях и формах кодификации российского законодательства о международном частном праве. Как писал в связи с принятием части третьей ГК О.Н. Садиков, "идея одного всеобъемлющего закона о международном частном праве, имеющая в России много сторонников, была практически трудно реализуема. Она остается целью на будущее, возможной, но едва ли достижимой" <1>.

<1> Sadikov O.N. Die Kodifikation des Internationalen Privatrechts Russlands // Rabels Zeitschrift fur auslandisches und internationales Privatrecht. Bd 67 (2003), Heft 2. S. 321.

Этот мудрый взгляд на свершившееся одного из крупных русских ученых в области международного частного права был оставлен доктриной без внимания, и сторонники обособленной кодификации международного частного права вместе с международным гражданским процессом дискуссию продолжили. Естественно, это не может вызывать удивление или тем более осуждение <1>. Однако анализ аргументов в поддержку такой кодификации необходим даже в настоящих условиях, чтобы еще раз проверить, не допущена ли в развитии этой отрасли законодательства принципиальная и крупная ошибка <2>.

<1> Несколько странным выглядит лишь то, что "полем брани" с только что вступившим в силу законом была избрана "концепция развития российского законодательства, регулирующего отношения в сфере международного частного права", вошедшая в книгу, основной причиной создания которой было "недостаточное использование научных основ правотворчества" и которая, как надеялись авторы, "будет полезна для депутатов и работников государственных органов..." (Концепции развития российского законодательства. М., 2004. С. 6, 8; 290 - 316).

<2> Автор настоящих строк обязан к такому анализу вдвойне, так как в свое время он поддерживал эти аргументы или выдвигал аналогичные.

Наиболее сжато эти доводы сформулированы В.П. Звековым, который уже в новых условиях поддержал высказанное еще в 1995 - 1998 гг. в качестве одного из возможных вариантов предложение о так называемой кумулятивной кодификации. Суть ее в "издании сравнительно небольшого по объему нормативного материала федерального закона, который, объединив общие положения международного частного права и международного гражданского процесса, сохранил бы отраслевое регулирование соответствующих институтов в ГК, СК, АПК, ГПК" <1>.

<1> Звеков В.П. Концепция развития российского законодательства, регулирующего отношения в сфере международного частного права // Концепции развития российского законодательства... 2004. С. 305 - 306. Ср.: Маковский А.Л. Концепция развития... 1998. С. 247 - 248.

Принятие такого закона "позволит, во-первых, наиболее полно и последовательно определить и разграничить общие и специальные институты в этой сфере и, во-вторых, достичь целей, которые в суммированном виде могут быть обозначены как: 1) восполнение пробелов; 2) устранение дублирования; 3) исключение противоречий" <1>.

<1> Звеков В.П. Указ. соч. С. 306.

Прежде всего по поводу восполнения пробелов. Их восполнение как в законодательстве о международном частном праве, так и в законодательстве о международном гражданском процессе безусловно необходимо, но к кодификации ни того, ни другого законодательства эти вопросы и их решение не имеют никакого отношения (либо, наоборот, в равной мере относятся к любой форме кодификации того и другого законодательства) <1>.

<1> Это не означает, что проблема пробелов равнозначна для материального и процессуального права. Пробелы в гражданском законодательстве имманентны его природе. Это вытекает из принципиальных положений п. 1 ст. 8 ГК. Точно так же, как одни, бывшие жизненными, отношения со временем отмирают и регулирующие их нормы превращаются в памятник истории гражданского права, другие, новые отношения возникают, не "получив крещения" в специально созданных для них гражданско-правовых нормах. Образовавшийся в законе пробел часто может быть с успехом восполнен (по крайней мере на время) применением гражданского законодательства по аналогии (ст. 6 ГК). Восполнение пробелов в процессуальном законодательстве путем обращения к аналогии закона и права хотя и допустимо, но в принципе нежелательно, поскольку существо сопоставляемых отношений, как правило, различно.

Что касается "устранения дублирования", то надо совершенно определенно сказать, что дублирование норм международного частного права с нормами международного гражданского процесса не существует и в принципе существовать не может, поскольку речь идет о массивах (группах) норм, принадлежащих не только к разным отраслям, но и к разным системам права - к частному и к публичному праву. Обнаруживаемое многими дублирование норм международного частного права и международного гражданского права обычно сводится к указанию на нормы о публичном порядке и при ближайшем рассмотрении не подтверждается. Если в международном частном праве оговорка о публичном порядке ограничивает применение иностранного права (ст. 1193 ГК), то в международном гражданском процессе - исключает исполнение решений иностранного суда (п. 5 ч. 1 ст. 412 ГПК, п. 7 ч. 1 ст. 244 АПК). Далеко не бесспорно, что условия применения оговорки о публичном порядке в обоих случаях должны быть абсолютно одинаковы, скорее наоборот. Максимум, о чем можно говорить, это о совпадении самого понятия публичного порядка.

Дублирование норм международного частного права в гражданском и в семейном законодательстве, напротив, в принципе не только возможно, но и неизбежно. Однако оно в значительно большей степени необходимо в отношении норм материального, а не коллизионного права. Проблема эта не новая, корни ее всем известны и понятны, и ее решение было найдено еще в 1995 г. в виде ст. 4 Семейного кодекса. Последовательное проведение этого решения в жизнь могло бы давно устранить то дублирование, которое есть в ст. ст. 1191 и 1193 ГК, с одной стороны, и в ст. ст. 166 и 167 Семейного кодекса - с другой.

Наконец, об исключении противоречий. Из сказанного выше видно, что таких противоречий между нормами международного частного права и международного гражданского процесса не должно быть точно так же, как их не должно быть вообще между нормами гражданского права и гражданского (арбитражного) процесса. Равным образом строгое следование принципу, заложенному в ст. 4 Семейного кодекса, должно привести к тому, что в семейном законодательстве будут содержаться лишь специальные нормы международного частного семейного права, которым, естественно, не место в ГК. Противоречия есть, вполне реальные и довольно значительные, между нормами международного гражданского процесса, содержащимися в ГПК и в АПК <1>. Но эта проблема опять-таки не имеет отношения к объединению норм международного частного права и международного гражданского процесса в едином кодификационном акте.

<1> Подробное и впечатляющее описание расхождений между соответствующими нормами международного гражданского процесса, имеющимися в ГПК и в АПК, содержится в статье Н.И. Марышевой (Марышева Н.И. Вопросы кодификации норм международного гражданского процесса в России // Журнал российского права. 2004. N 6. С. 35 - 46).

Что же остается в обоснование необходимости или хотя бы целесообразности такого единого закона? Практически ничего, кроме желания специалистов в этой области права иметь "свою", самостоятельную отрасль российского права и "не делить" ее с правом гражданским, семейным или процессуальным. "Принятие одного специального акта (вместо инкорпорации соответствующих правил в разные кодексы. - А.М.), - писал С.Н. Лебедев, - способствовало бы системному упорядочению МЧП как обособленной отрасли права и соответствовало бы прогрессивным тенденциям во многих странах..." <1>.

<1> Lebedev S., Muranov A., Khodykin R., Rabatov E. New Russian Legislation on Private International Law // Yearbook of Private International Law. Vol. 4 (2002). P. 118.

По-видимому, это же имеет в виду и В.П. Звеков, когда пишет о необходимости "наиболее полно и последовательно определить и разграничить общие и специальные институты в этой сфере", что "имеет для международного частного права, иногда ошибочно определяемого как

часть гражданского права или международного права, особое, можно сказать, "стратегическое" значение" <1>. Почему определение и разграничение общих и специальных положений международного частного права, которое было заложено Л.А. Лунцем еще в Основах гражданского законодательства 1961 г. и теперь формализовано в разд. VI ГК, неполно и непоследовательно, остается неясным.

<1> Звеков В.П. Указ. соч. С. 307. Вопреки мнению автора выделение в законе общих положений и даже "общих структур" еще не свидетельствует о том, что материя закона представляет собой отрасль права. В § 1 "Общие положения о купле-продаже" гл. 30 ГК в четыре с лишним раза больше статей, чем в гл. 66 ГК, но никто, кажется, не предлагает выделить законодательство о купле-продаже в отрасль права.

В связи с еще продолжающей витать в воздухе идеей путем кодификации "обособить" коллизионные нормы гражданского и семейного права вместе с нормами международного частного права от Гражданского, Семейного и процессуальных кодексов уместно привести слова И.С. Зыкина: "Хотя коллизионные правила имеют очевидную специфику как "нормы о нормах", опосредованно они так или иначе во многом тесно связаны с существом определенных отношений, поскольку это нормы не о нормах вообще, а о нормах, устанавливающих правовой режим конкретных областей отношений..." <1>. Юридически значимых связей коллизионных норм с нормами международного гражданского процесса практически не существует, а вне юридически значимых связей с материальными нормами частного права коллизионные нормы перестают быть нормами права.

<1> Зыкин И.С. Указ. соч. С. 57.

* * *

Для того чтобы в полной мере оценить роль отечественных кодификаций гражданского права (1961 - 1964, 1991, 2001) в становлении и развитии российского международного частного права, нелишне вспомнить о предшествовавшем кодификационным работам состоянии нормативных источников в этой области права.

Начало законодательного регулирования после 1917 г. гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом, в советской литературе обычно связывали со ст. 8 Закона о введении в действие ГК РСФСР 1922 г. <1>. Вплоть до начала 1960-х гг. при перечислении источников международного частного права к упоминанию этой статьи добавляли ссылки на несколько коллизионных норм из Кодекса законов о браке, семье и опеке РСФСР 1926 г., Кодекса торгового мореплавания СССР 1929 г., Положения о чеках 1929 г. и на имевшие отношение к определению статуса иностранцев отдельные нормы Консульского устава СССР <2>. Из этих разрозненных коллизионных норм (в основном односторонних) и нескольких правил, решавших частные вопросы статуса иностранцев, как эти нормы ни составляли и ни переставляли, особая отрасль законодательства, действующего в сфере международного частного права, или хотя бы его коллизионная составляющая никак не складывались. Слишком бедным и фрагментарным было это законодательство, к тому же не имевшее каких бы то ни было общих положений.

<1> Имеется в виду ст. 8 Постановления ВЦИК от 11 ноября 1922 г. "О введении в действие Гражданского кодекса РСФСР, принятого на IV сессии ВЦИК IX созыва 31 октября 1922 г." (СУ РСФСР. 1922. N 71. Ст. 904). Содержание самой статьи при этом нередко обходили молчанием, так как в ней был установлен строгий разрешительный порядок ("только постановлениями подлежащих органов правительства РСФСР!") предоставления иностранцам "права передвижения по территории РСФСР, избрания профессий, открытия и приобретения торгово-промышленных предприятий, приобретения вещных прав на строения и земельные участки".

<2> См.: Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право: Учебник для юрид. институтов. М., 1940. С. 24 - 25; Лунц Л.А. Международное частное право: Учебник для юрид. вузов. М., 1949. С. 33; Он же. Международное частное право. Общая часть. М., 1959. С. 49 - 51.

Отечественное международное частное право как особая система законодательных норм возникло в начале 60-х годов XX столетия в результате кодификации гражданского и семейного законодательства в виде соответствующих составных частей этого (прежде всего гражданского) законодательства. С тех пор почти полвека все общие и основные законодательные нормы международного частного права существуют и развиваются в составе частноправовых кодексов - Гражданского и Семейного.

КОДИФИКАЦИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ВЕЩНОМ ПРАВЕ

1. Началом законодательного оформления социально-экономических преобразований последних десятилетий послужили разработка и принятие в 1989 - 1990 гг. Закона "О собственности в СССР" <1>. Этим было подтверждено центральное, основополагающее место института права собственности во всей системе гражданско-правового регулирования. По существу, с принятия данного Закона началось реформирование и всего отечественного гражданского законодательства, его последовательный перевод на классические, традиционные рыночные основы (ибо общепризнанный предмет гражданского права всегда составляли товарно-денежные, т.е. рыночные по своей экономической сущности, отношения, которые в той или иной форме фактически сохранялись даже в условиях планово организованной экономики, что было признано еще в преамбулах Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. и ГК РСФСР 1964 г.).

<1> Принят 6 марта 1990 г. (Ведомости СНД и ВС СССР. 1990. N 11. Ст. 164). Далее - союзный Закон о собственности.

Разумеется, союзный Закон о собственности сделал лишь первые шаги на этом пути. Несмотря на то что в момент принятия он рассматривался как "закон радикальной перестройки советского общества", направленный на "радикальное обновление самых глубинных основ экономического базиса", "глубокое и комплексное обновление всей системы отношений собственности в стране" <1>, с современных позиций он может оцениваться как довольно осторожный вариант законодательного регулирования. Достаточно сказать, что в нем намеренно не использовалось понятие частной собственности и принципиально отвергалась возможность появления какой-либо иной собственности на землю, кроме государственной собственности <2>.

<1> См.: Доклад заместителя Председателя Совета Министров СССР Абалкина Л.И. о проекте Закона о собственности в СССР // Бюллетень N 3 совместного заседания Совета Союза и Совета Национальностей 15 февраля 1990 г. Верховный Совет СССР. Третья сессия. М., 1990. С. 5.

<2> Там же. С. 8 - 9, 13.

Вместе с тем, несмотря на сохраненное союзным Законом о собственности безусловное экономическое господство государственной собственности и плановой системы хозяйства, в нем содержался и ряд весьма прогрессивных, действительно радикальных по тому времени положений. С социально-экономической точки зрения это относится прежде всего к признанию различных форм собственности, в первую очередь собственности граждан и коллективной собственности (под которой фактически скрывалось право собственности юридических лиц, что ясно следует из содержания п. 1 ст. 10 данного Закона), равноправными с государственной формой собственности <1>.

<1> Различные формы собственности возникли в отечественном гражданском праве после принятия ГК РСФСР 1922 г. Их наличие, по мнению одного из главных создателей этого закона А.Г. Гойхбарга, должно было стать одним из принципиальных отличий советского ГК от буржуазных гражданских кодексов, которым неизвестны никакие формы собственности. Впоследствии вместо названных в ст. 52 ГК 1922 г. трех форм собственности (государственной, кооперативной и частной) ГК 1964 г. предусмотрел четыре формы собственности - государственную, колхозно-кооперативную, собственность профсоюзных и иных общественных организаций и личную. Но все эти формы собственности имели различный правовой режим, а тем самым и юридический смысл, тогда как признание "равенства всех форм собственности" вновь превратило их в юридически бессодержательные, политэкономические категории. Поэтому более десятка различных форм собственности, предусмотренных союзным Законом о собственности (к тому же открывшим в п. 3 ст. 4 неограниченные возможности установления законодательными актами союзных и автономных республик "иных, не предусмотренных этим Законом форм собственности"), в действительности уже не имели гражданско-правового значения.

При обсуждении данного Закона даже отдельные депутаты ссылались на то, что "человечество за всю цивилизацию придумало две формы собственности - "мою" и "нашу", и в связи с этим требовали ясно ответить на вопрос, "хотим ли мы перейти к рыночной экономике" и признать частную собственность в качестве ее необходимого атрибута, или "собираемся просто либерализовать существующую государственную собственность" (см. выступление депутата Касьянова А.Ф. в прениях по проекту Закона о собственности в СССР // Бюллетень N 4

совместного заседания Совета Союза и Совета Национальностей 15 февраля 1990 г. Верховный Совет СССР. Третья сессия. С. 5).

Более того, в структуре союзного Закона о собственности нормы, посвященные собственности граждан и коллективной собственности, предшествовали нормам о государственной собственности. При оценке значимости этого шага следует учесть, что в действовавших тогда Основах гражданского законодательства 1961 г. и в ГК РСФСР 1964 г. в соответствии с союзными Конституциями 1936 г. и 1977 г. регулирование отношений собственности строилось прямо противоположным образом: оно начиналось с государственной собственности и завершалось личной собственностью, что вполне соответствовало их реальному социально-экономическому и юридическому значению. Союзным же Законом о собственности фактически закреплялся принцип равенства форм собственности, который в искаженном (политэкономическом) виде отразил процесс восстановления в отечественном гражданском праве единого права собственности, оформляющего принадлежность имущества конкретным (и в этом смысле частным) лицам, а не мифическим коллективным образованиям вроде "общенародного коллектива трудящихся", "коллектива всех советских профсоюзов" и т.д. <1>.

<1> С этой точки зрения имущество, принадлежащее на праве собственности любому конкретному лицу (гражданину, юридическому лицу и даже государству), является именно его собственностью, юридически обособленной от имущества всех других лиц, т.е. частной собственностью (в гражданско-правовом, а не в политэкономическом понимании). В этом смысле частным, т.е. принадлежащим конкретному лицу, является и право собственности любого публично-правового образования, противопоставляемое имущественным правам как других публично-правовых образований, так и всех иных (третьих) лиц.

Иной подход, основанный на политэкономических представлениях, приводит лишь к появлению бессодержательных законодательных абстракций, подобных закрепленному Гражданским кодексом Украины 2003 г. "праву собственности Украинского народа" (ст. 324), которое хотя и противопоставляется "праву собственности государства Украина" (ст. 326), однако все равно осуществляется "от имени народа" соответствующими органами публичной власти (п. 2 ст. 324), одновременно реализующими "от имени и в интересах государства Украина" также и право собственности последнего (п. 2 ст. 326).

При этом в новом Законе всем собственникам, а не только государству в качестве общего принципа было разрешено использование принадлежащего им имущества "для осуществления хозяйственной или иной деятельности, не запрещенной законом" (абз. 2 п. 2 ст. 1), т.е., по сути, открывалась возможность ведения предпринимательской деятельности гражданами и созданными ими, а не государством юридическими лицами.

Принципиально важным, хотя и не бесспорным по существу, стало разделение единой государственной собственности на общесоюзную собственность, собственность союзных республик и автономных образований, а также коммунальную собственность (собственность административно-территориальных образований) (п. 1 ст. 19 Закона). Таким образом, место единого государства-собственника впервые заняли различные публично-правовые образования, юридически ставшие вполне самостоятельными собственниками своего имущества. Этот подход в дальнейшем лег в основу деления публичной собственности в РФ на федеральную собственность, собственность субъектов РФ и муниципальную собственность.

В связи с сохранением исключительной государственной собственности на землю <1> вопрос об ограниченных вещных правах и тем самым о восстановлении гражданско-правовой подотрасли вещного права в рассматриваемом Законе не решался. Следует иметь в виду, что в классическом понимании все ограниченные вещные права (кроме "обеспечительных" прав залога и удержания) имеют объектом земельные участки (недвижимости "по природе"). Именно поэтому отмена частной собственности на землю повлекла у нас "упразднение деления имущества на движимые и недвижимые" (примечание к ст. 21 ГК РСФСР 1922 г.), а с ней и постепенное исчезновение за ненадобностью самой категории вещных прав <2>. В свою очередь, последовавшее в начале 1990-х годов законодательное признание (восстановление) частной собственности на землю привело к необходимости восстановления в отечественном гражданском праве как категории "недвижимость", так и вещного права как института, охватывавшего право собственности и другие вещные права.

<1> Вопрос о том, каким образом право государственной собственности на землю было разделено между Союзом ССР, союзными и автономными республиками и другими национально-государственными образованиями, заслуживает отдельного рассмотрения. По смыслу п. п. 1 и 2 ст. 20 рассматриваемого Закона всеми правомочиями собственника в полном объеме в отношении этого объекта не располагал никто из названных субъектов. Эта ситуация, дававшая возможность

одновременного признания собственниками одних и тех же природных ресурсов различных публично-правовых образований, находящихся на одной и той же территории, и тем самым предотвращения политических конфликтов между ними, маскировалась юридически бессодержательной, но политически привлекательной категорией "неотъемлемое достояние народов, проживающих на данной территории" (абз. 1 п. 1 ст. 20).

<2> Вещное право застройки было исключено из ГК 1922 г. в 1948 - 1949 гг., а право залога в ГК 1964 г. было перенесено в обязательственное право и стало рассматриваться только в качестве способа обеспечения надлежащего исполнения обязательств. В результате этого в кодификации гражданского законодательства начала 60-х годов прошлого века вещное право исчезло и было заменено "всеобъемлющим" правом собственности.

Вместе с тем в союзном Законе о собственности нашли отражение не только появившиеся в плановой экономике "вещные права" полного хозяйственного ведения (п. 1 ст. 24) и оперативного управления (п. п. 1 и 2 ст. 26) <1>, но и появившееся в земельном законодательстве право пожизненного наследуемого владения земельными участками (отечественный аналог римского эмпитевзиса или дореволюционного чиншевого права), защищавшееся наравне с правом собственности и даже против самого собственника (п. 4 ст. 32). Понятно, что столь странная для классических представлений гражданско-правовая защита (состоящая, например, в виндикации у собственника принадлежащей ему вещи субъектом такого ограниченного вещного права, к сожалению, сохранившаяся и в ст. 305 Гражданского кодекса РФ) была обусловлена тем, что в роли собственника здесь практически всегда выступало государство (или иное публично-правовое образование), а в роли субъекта такого ограниченного вещного права - гражданин или коллектив трудящихся, которых надо было всемерно защищать от возможного произвола государственных органов.

<1> Признание этих прав "вещными" в отечественной цивилистической доктрине ни в коей мере не соответствует классическому пониманию вещных прав, ибо они представляют собой не экономически необходимое участие одного лица в праве собственности другого лица на недвижимую вещь (что выражает существо традиционных ограниченных вещных прав), а форму реализации государством-собственником своих правомочий на юридически разнородное имущество ("имущественные комплексы") путем искусственного создания на базе этого имущества юридических лиц, не становящихся обычными, нормальными участниками имущественного оборота (ибо они не являются и не могут стать собственниками никакого имущества). Не случайно объектами прав хозяйственного ведения и оперативного управления не могут стать важнейшие виды недвижимости - земельные участки, ибо названные "вещные права" рассчитаны на функционирование в условиях полной национализации земли и отсутствия категории "недвижимость".

Принятый 24 декабря 1990 г. Закон "О собственности в РСФСР" <1> (далее - российский Закон о собственности) во многом развил новеллы союзного Закона. В нем впервые появилось право частной собственности как обобщающая категория для права собственности граждан и права собственности юридических лиц (разд. II), а также была законодательно признана частная собственность этих субъектов на земельные участки (п. 2 ст. 6). Четкое противопоставление в его структуре права частной собственности (граждан и юридических лиц) и права публичной (государственной и муниципальной) собственности наводило на мысль о давно ожидаемом признании отечественным законодателем принципиального деления "форм собственности" только на частную и публичную собственность.

<1> Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. N 30. Ст. 416.

К сожалению, наряду с правом частной собственности юридических лиц в качестве самостоятельной формы собственности российским Законом была признана "собственность общественных объединений (организаций)" (разд. III), которые по смыслу этого Закона также являются юридическими лицами <1>. В результате российский Закон в абз. 1 п. 3 ст. 2 закрепил наличие частной, государственной и муниципальной собственности, а также собственности общественных объединений (организаций), т.е., по сути, сохранил лишившееся юридического смысла многообразие форм собственности.

<1> Данное решение во многом было вызвано наличием в числе этих организаций КПСС, а также профсоюзов, признать которые частными собственниками своего имущества тогдашнему законодателю помешали идеологические стереотипы. Впрочем, и в современной отечественной правовой литературе можно встретить утверждения, что кооперативная и даже акционерная собственность являются разновидностями некоей "коллективной", а не частной собственности.

Вместе с тем в нем в качестве общей категории появились вещные права, которым, правда, была посвящена не отдельная глава или раздел, а лишь одна статья (ст. 5). По сути, данное положение было обусловлено отсутствием реальной потребности в классических вещно-правовых институтах из-за неразвитости отношений землепользования, фактически сохранявших монополию государственной собственности.

Российский Закон о собственности отличался гораздо большей юридической четкостью, в том числе за счет отказа от ряда традиционных для прежнего правопорядка политических и экономических догм и деклараций, смешавшихся с гражданско-правовыми понятиями. Так, в отличие от союзного Закона о собственности, который в п. 1 ст. 3 объявлял объектом права собственности "землю" <1>, в российском Законе о собственности в этом качестве ясно обозначены "земельные участки", т.е. индивидуально-определенные вещи (хотя еще отсутствует категория "недвижимость"), а "земля" как природный ресурс рассматривается в качестве "достояния народов, проживающих на соответствующей территории" (ср. п. п. 1 и 2 ст. 6). По сути, здесь были закреплены и принципиальные отличия в гражданско-правовом и земельно-правовом регулировании отношений землепользования: предметом первого объявлялись индивидуально-определенные (недвижимые) вещи, а предметом второго - абстрактные природные ресурсы.

<1> Впрочем, еще хуже обстояло дело с объектами права собственности в модных тогда "альтернативных законопроектах". Так, Комитет Верховного Совета СССР по вопросам экологии и рационального использования природных ресурсов и Комиссия Совета Союза Верховного Совета СССР по вопросам труда, цен и социальной политики предлагали принять Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о собственности в СССР, ст. 2 которого в качестве объектов права собственности называла "жизнь и все способности человека, в том числе его интеллект", "воздушный бассейн", "природные и этнические ландшафты", "продукты всех видов труда", "права и свободы граждан".

Наиболее четко современные подходы к гражданско-правовому регулированию отношений собственности были зафиксированы в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. (далее - Основы 1991 г.) <1>. Серьезным достоинством данного Закона стал принципиальный отказ от использования категории "формы собственности". Вместо выделения и противопоставления права частной собственности и права государственной и муниципальной собственности Основы 1991 г. в п. 1 ст. 44 установили, что имущество может находиться в собственности гражданина, юридического лица, государства и других публично-правовых образований. Из этого ясно следовало, во-первых, наличие у всех перечисленных субъектов одинакового по содержанию и возможностям осуществления единого права собственности; во-вторых, фактическое признание лишь двух форм собственности: частной и публичной, причем именно в юридическом (гражданско-правовом), а не в политэкономическом смысле. Реальные различия частной и публичной собственности (по кругу объектов, основаниям возникновения и прекращения и т.д.), препятствующие прямому законодательному закреплению экономического принципа равенства всех форм собственности (в действительности не имеющего юридического смысла), были здесь юридически корректно отражены в виде "особенностей правового режима имущества" в зависимости от нахождения его в собственности гражданина, юридического лица или государства (п. 2 ст. 44).

<1> Ведомости СНД и ВС СССР. 1991. N 26. Ст. 733. На территории Российской Федерации названные Основы действовали на условиях и в порядке, предусмотренных Постановлением Верховного Совета РФ от 14 июля 1992 г. N 3301-1 "О регулировании гражданских правоотношений в период проведения экономической реформы" (Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. N 30. Ст. 1800).

Другой принципиальной новеллой Основ 1991 г. стало обособление в их структуре общего раздела II "Право собственности. Другие вещные права", который знаменовал законодательный переход от свойственного прежнему правопорядку "всеобъемлющего" (а в действительности обобщенного и упрощенного) института права собственности к полноценной подотрасли гражданского права - вещному праву.

Наконец, именно в Основах 1991 г. впервые с 1922 г. было восстановлено "деление имущества" на недвижимое и движимое (п. 2 ст. 4), а в ст. 49 закреплена система различных ограниченных вещных прав граждан и юридических лиц на земельные участки.

По своему юридико-техническому уровню данный Закон существенно превосходит как союзный, так и российский Законы о собственности, будучи подлинным гражданско-правовым законодательным актом кодифицированного типа, а не политизированным "революционным декретом" общего, декларативного характера, которым в сущности были Законы о собственности.

Разумеется, Основы 1991 г. по самой своей природе были рассчитаны на известную конкретизацию в республиканских гражданских кодексах, и в силу этого многие их нормы и разделы имели достаточно обобщающий характер. Вместе с тем они, безусловно, составили хороший фундамент для новой кодификации гражданского законодательства, ставшей необходимой как в связи с углублением социально-экономических преобразований, так и из-за усиления неизбежно сопутствовавших им неувязок, противоречий и пробелов в законодательстве.

Таким образом, на протяжении всего 2 - 3 лет была постепенно создана достаточно продуманная и отвечающая социально-экономической реальности законодательная база гражданско-правового оформления важнейшей части имущественных отношений. В ходе ее разработки отечественное законодательство, а вместе с ним и цивилистическая доктрина в значительной мере освобождались от многих стереотипов и догм прежнего правопорядка, нередко имевших политэкономическое, а не юридическое значение, и осуществляли продуманный переход к современному гражданско-правовому регулированию, которое вместе с тем основано на классических подходах и решениях, выверенных временем и практикой рыночного хозяйства <1>.

<1> Нельзя также не отметить, что в ходе этой деятельности сформировалась и рабочая группа юристов, на которую затем была возложена подготовка нового российского Гражданского кодекса, костяк которой составили участники разработки Законов о собственности и Основ гражданского законодательства.

2. Новый Гражданский кодекс РФ (далее - ГК) в своей части первой содержит раздел II "Право собственности и другие вещные права", который в целом можно охарактеризовать как достаточно развернутое и четкое вещно-правовое регулирование современного, рыночного типа.

Прежде всего ГК закрепил вещное право в качестве самостоятельной подотрасли гражданского права. Наиболее ясно этот подход выражен в гл. 17, посвященной праву собственности и иным вещным правам на землю. В ней появились (а точнее, были восстановлены) земельные сервитуты (ст. ст. 274 - 277 ГК), а также подробно урегулированы права пожизненного наследуемого владения и постоянного (бессрочного) пользования земельными участками (ст. ст. 265 - 269 ГК). Иначе говоря, именно в ГК впервые за долгое время появилась система ограниченных вещных прав классического типа.

При этом разработчики данной главы (среди которых главную роль играл ныне покойный С.А. Хохлов) вполне отдавали себе отчет в том, что в условиях сохраняющегося господства государственной собственности на землю классические вещные права, рассчитанные на участие одного частного собственника в имуществе (недвижимости) другого частного собственника, в российском гражданском праве неизбежно будут определенным образом искажены. Ведь здесь ограниченные вещные права в подавляющем большинстве случаев означают участие частных собственников (граждан и юридических лиц) в недвижимом имуществе, находящемся в собственности государства (публично-правовых образований).

Это обстоятельство, в частности, делало невозможным закрепление в ГК традиционного принципа *superficies solo cedit*, ибо неизбежным оставался разрыв между правом собственности на земельный участок, принадлежащий публичному собственнику, и правом собственности на возведенное на нем строение, в большинстве случаев уже принадлежащее частному собственнику. Отсюда и содержащиеся в части второй ГК нормы ст. ст. 552 и 553 о купле-продаже недвижимости, допустившие продажу зданий и сооружений отдельно от земельного участка, на котором они расположены (но с предоставлением приобретателю определенного права пользования таким участком), либо продажу застроенного земельного участка без одновременного отчуждения находящегося на нем строения (также с сохранением за собственником строения - продавцом земли права пользования соответствующей частью земельного участка). Ведь в условиях господства государственной (публичной) собственности на землю применение принципа *superficies solo cedit* означало бы фактическую национализацию частных строений.

Вместе с тем было очевидно, что строение или сооружение, конечно, не могут ни физически, ни юридически существовать помимо земельных участков, на которых они расположены (что не имело практически никакого значения в прежнем правопорядке, в условиях национализации земли, когда участники гражданского оборота привыкли отчуждать и передавать здания и сооружения, ни в коей мере не заботясь о правовом режиме соответствующих земельных участков <1>). Поэтому уже в части первой ГК было, например, установлено, что ипотека здания или сооружения недопустима без одновременной ипотеки земельного участка (или хотя бы права аренды этого участка), а ипотека земельного участка распространяется по общему правилу на находящиеся или возводимые на этом участке здания и сооружения (п. п. 3 и 4 ст. 340 ГК).

<1> Отсюда и нелепые для нормального правопорядка ситуации отсутствия у законного собственника здания или сооружения каких бы то ни было титулов на земельный участок (ср.: Концепция развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе. М., 2003. С. 21),

что в настоящее время также имеет место и у законных землепользователей (ср. абз. 2 п. 9.1 ст. 3 Федерального закона от 25 октября 2001 г. N 137-ФЗ "О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации").

Этим же в конечном счете можно объяснить и отнесение абз. 1 п. 1 ст. 130 ГК к самостоятельным видам "недвижимости по природе" не только земельных участков, но и находящихся на них зданий и сооружений <1>, а впоследствии даже малопонятных "объектов незавершенного строительства". В нынешних отечественных условиях традиционный принцип *superfcies solo cedit* пока следует трактовать как режим "единого объекта недвижимости", имея в виду невозможность разрыва юридической связи земельного участка и расположенного на нем здания (сооружения), из-за чего их переход от одного лица к другому по общему правилу должен осуществляться одновременно <2>. В реальности такой подход будет означать постепенное "разгосударствление" (приватизацию) земельных участков, на которых возводятся или находятся здания и сооружения, принадлежащие частным лицам, а не скрытую национализацию этих объектов, исключаящую частные инвестиции в недвижимость.

<1> Отнесение к недвижимостям не только земельных участков, но и зданий и сооружений является традицией российского права. Вместе с тем дореволюционное законодательство лишь перечисляло отдельные виды недвижимости, не давая им какой-либо обобщающей характеристики (что отразилось и в ст. 32 проекта Гражданского уложения). В свою очередь, эта ситуация порождала затруднения при решении вопроса о том, является ли недвижимостью, например, дом, построенный на чужой земле. Так, по словам К.П. Победоносцева, дома, построенные на казенной общественной земле, "велено признавать за недвижимое" (Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права (серия "Классика российской цивилистики"). М., 2002. С. 112), что наводит на мысль о возможности отнесения их к недвижимостям по закону, а не по природе.

При этом еще В.И. Синайский отмечал, что традиционный теоретический критерий отличия недвижимости от движимости в виде возможности перемещения вещи без существенных повреждений "при успехах современной техники... нельзя считать вполне надежным", поэтому "современное право" (германское и швейцарское) "выдвигает новый критерий - понятие недвижимости как земли и всего того, что является ее составной частью" (см.: Синайский В.И. Русское гражданское право (серия "Классика российской цивилистики"). М., 2002. С. 127).

<2> См.: Концепция развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе. С. 13 - 14. Примечательно, что данная Концепция, первоначально определив недвижимость как "физическую и юридическую связь" объекта с землей (с. 5), в дальнейшем последовательно исходит только из юридической связи объектов (с. 14, 30, 32), т.е. по сути (и вполне обоснованно) признает недвижимость юридическим режимом вещи, а не ее физическим свойством.

К сожалению, гл. 17 ГК, как известно, была "заморожена" при принятии части первой ГК, ибо тогдашний законодатель по сугубо политическим соображениям посчитал необходимым отложить введение ее в действие до принятия нового Земельного кодекса. Хотя фактически она и вступила в силу на несколько месяцев раньше этого события <1>, принятый вскоре после этого Земельный кодекс РФ попытался занять иные исходные позиции.

<1> С 28 апреля 2001 г. согласно Федеральному закону от 16 апреля 2001 г. N 45-ФЗ.

Так, среди основных принципов земельного (а не гражданского!) законодательства он назвал "единство судьбы земельных участков и прочно связанных с ними объектов", согласно которому указанные объекты "следуют судьбе земельных участков" (подп. 5 п. 1 ст. 1), т.е., по сути, провозгласил классический гражданско-правовой принцип *superfcies solo cedit*. Однако сделано это весьма непоследовательно: во-первых, неудачная формулировка 3К дает возможность толковать этот принцип как правило о том, что именно здание определяет судьбу земельного участка, а не наоборот; во-вторых, установлены достаточно серьезные исключения из этого правила (п. 4 ст. 35 3К); в-третьих, в нем появляется некое "право на использование части земельного участка", возникающее у приобретателя здания, строения и сооружения, находящегося на чужом земельном участке (п. 1 ст. 35 3К) <1>. Земельный кодекс не развил, а бесосновательно сузил систему вещных прав на землю: ограничив в ст. ст. 20 и 21 случаи появления прав постоянного (бессрочного) пользования и пожизненного наследуемого владения, он по существу свел такие вещные права к праву собственности и сервитутам (при этом включив в число последних "публичные сервитуты", в действительности являющиеся не субъективными "сервитутными" правами, а ограничениями права собственности).

<1> Названные недостатки были отмечены при анализе действующего земельного законодательства в Концепции развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе (с. 11 - 12).

Более того, Земельный кодекс отошел и от намеченного еще в Законах о собственности разграничения сфер гражданского и земельного права. Формально признав, что предмет земельного законодательства составляют именно "земельные отношения", т.е. отношения по использованию и охране земель "как основы жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории" (п. 1 ст. 3 ЗК), тогда как "имущественные отношения по владению, пользованию и распоряжению земельными участками, а также по совершению сделок с ними регулируются гражданским законодательством" (п. 3 ст. 3 ЗК), он тут же указал, что в последнем случае "иное", т.е. земельно-правовое регулирование отношений, входящих в предмет гражданского права, может быть предусмотрено земельным, лесным, водным законодательством, законодательством о недрах и об охране окружающей среды.

В дальнейшем на этой основе были внесены и прямые изменения в ГК, согласно которым "земельные участки могут предоставляться их собственниками другим лицам на условиях и в порядке, которые предусмотрены гражданским и земельным законодательством" (п. 1 ст. 264 ГК в редакции Федерального закона от 26 июня 2007 г. N 118-ФЗ). Из этого прямо следует, что правовой режим вещных прав, аренды и даже купли-продажи земельных участков может устанавливаться не только гражданским, но и земельным законодательством. Таким образом, сфера действия последнего вышла далеко за рамки "земельных отношений", складывающихся по поводу земель как природных ресурсов. С учетом как юридико-технического и содержательного уровня земельного законодательства, так и существа осуществляемой им регламентации такое положение вряд ли можно считать удовлетворительным и вполне соответствующим сложившемуся и общепризнанному соотношению гражданского (частного) и земельного (публичного) права и законодательно закрепленным предметам их регулирования, а главное - необходимому в условиях развивающегося рыночного хозяйства формированию "цивилизованного" рынка недвижимости.

Следует отметить, что известную законодательную основу для такой ситуации составили некоторые нормы самого Гражданского кодекса РФ, первоначально включенные в него законодателем по сугубо политическим соображениям. При принятии части первой ГК в 1994 г. вопрос о допустимости частной собственности на землю стоял очень остро. Действовавшее тогда земельное законодательство принципиально исходило из возможности существования исключительно государственной собственности на землю. Поэтому в ГК и были внесены правила о том, что оборот земли и других природных ресурсов допустим лишь в той мере, в какой он разрешен законами о земле и других природных ресурсах (п. 3 ст. 129, п. 3 ст. 209 ГК), т.е. старым земельным и природоресурсным, а не новым гражданским законодательством. К тому же гл. 17 ГК была "заморожена" в надежде весьма долгой разработки и принятия нового Земельного кодекса.

Кстати, именно это положение, в свою очередь, послужило базой для сохранения и даже известного развития представлений о недвижимых вещах как о зданиях, сооружениях и других "самостоятельных" объектах, имеющих с землей исключительно физическую, а не юридическую связь, поскольку общие нормы ГК о недвижимости не блокировались, а вводились в действие обычным (общим) порядком, в то время как регламентация землепользования по-прежнему осуществлялась за рамками гражданского права земельным законодательством, которое сохраняло фактическую "монополию" на регулирование этих отношений.

Ситуация начала изменяться лишь в конце 90-х - начале 2000-х годов, когда развивающееся рыночное хозяйство стало все более явно ощущать неудовлетворительность положения, сложившегося с правовым режимом земельной собственности. Потребность в его гражданско-правовом, а не земельно-правовом оформлении становилась очевидной. Имевшиеся законодательные решения позволили разрешить эту проблему достаточно осторожно: путем принятия нового, более прогрессивного Земельного кодекса наряду с введением в действие гл. 17 ГК. В результате "рыночное оформление" земельных отношений вместо единого гражданско-правового регулирования получило законодательное закрепление как в Земельном кодексе (прежде всего), так и в Гражданском кодексе (отчасти), т.е. оказалось искусственно разорванным и потому во многом противоречивым.

С этой точки зрения очевидно, что подавляющее большинство норм, содержащихся в гл. III - IX Земельного кодекса, по своей юридической природе в действительности являются гражданско-правовыми и не имеют прямого отношения к земельно-правовому регулированию. Их наличие в Земельном, а не в Гражданском кодексе представляет собой еще один "пережиток" прежнего правопорядка, в котором ранее, в силу национализации земли, все земельные отношения регулировались исключительно земельным (по сути административным) правом.

Признание, в том числе конституционное, частной собственности на землю, т.е. на земельные участки, объективно превращает их в недвижимые вещи - объекты гражданских прав

(п. 1 ст. 130 ГК), а имущественные права на них - в вещные и обязательственные права, оформляемые гражданским, а не земельным правом. Земля же как природный ресурс - "достояние народов, проживающих на соответствующей территории", - в этом качестве остается предметом земельного (соответственно природоресурсного и экологического) права. Такое разграничение предметов этих правовых отраслей предопределено переходом к рыночной организации экономики, и сопротивление ему лишь искусственно тормозит неизбежное развитие товарно-денежных отношений землепользования.

В связи с этим представляется, что важнейшей задачей, решение которой позволит говорить о сущностном, а не о формальном завершении кодификации гражданского законодательства в России, должно стать четкое законодательное разграничение сфер гражданско-правового и земельно-правового регулирования, осуществленное путем исключения из последнего чужеродных для него гражданско-правовых норм и переноса их в Гражданский кодекс. С точки зрения законотворческой техники такое решение будет иметь очевидное преимущество в виде устранения многочисленных и по большей части ничем не оправданных противоречий между нормами Гражданского и Земельного кодекса, а также позволит сосредоточить в едином кодифицированном законодательном акте весь массив гражданско-правовых норм общего характера. При этом оно даст возможность создать единый, непротиворечивый правовой режим недвижимости, что, несомненно, послужит и необходимому развитию российского вещного права в целом.

3. Раздел II ГК в своих общих положениях (гл. 13) завершил законодательное оформление современного института права собственности. Он определил содержание права собственности в качестве традиционной для отечественного правопорядка "триады" правомочий, осуществляемой собственником по своему усмотрению (ср. п. п. 1 и 2 ст. 209 ГК), что принципиально отличает это вещное право от иных (обязательственных) имущественных прав, иногда содержащих аналогичные правомочия. Закон не воспринял периодически появляющихся в доктрине предложений о дополнении "триады" особым правомочием управления имуществом, хотя бы применительно к публичным собственникам. Дело не только в несоответствии таких предложений принципу равенства форм собственности (а точнее, единству содержания правомочий всех собственников), а в том, что в действительности "правомочие управления" представляет собой лишь один из способов осуществления права собственности. В конечном итоге не столь важно, сколько правомочий назовет законодатель в составе права собственности (известно, что зарубежные правопорядки содержат самые различные модели этого права, включающие в свой состав от 1 до 10 - 12 и более различных правомочий). Важно, чтобы они в соответствии со сложившимися в данном правопорядке историческими традициями закрепляли полноценную, а не фиктивную власть собственника над имуществом и чтобы эта "мера юридической власти" была одинаковой для всех лиц, считающихся собственниками.

Вместе с тем современное гражданское право давно отошло от старых воззрений относительно абсолютного, "безграничного" господства собственника над вещью. Очевидно, например, что никакой правопорядок не может позволить собственнику использовать свою вещь для совершения противоправных действий. Более того, современный имущественный оборот признает неизбежными ряд ограничений права собственности в общественных (публичных) интересах. Прежде всего это касается земельных участков и других объектов недвижимости, использование которых их собственниками должно осуществляться с безусловным соблюдением указанных интересов. Именно поэтому ГК установил необходимость строго целевого использования земельных участков и возможность их изъятия у собственников, использующих их с нарушением целевого назначения и иных требований законодательства (п. 2 ст. 260, ст. ст. 285 и 286) и вместе с тем предусмотрел обязательное наличие земельных участков общего пользования (п. 1 ст. 262). Аналогичным по сути ограничениям, прежде всего целевого характера, изначально было подвергнуто и право собственности на жилое помещение (ст. 288 ГК), что представлялось особенно важным в условиях сохраняющегося дефицита жилья.

ГК в основном достаточно последовательно отразил принципиальные различия в правовом режиме движимых и недвижимых вещей. В частности, он установил четкое различие в основаниях возникновения права собственности на такие вещи. Договор об отчуждении в соответствии с абз. 1 п. 2 ст. 218 становится порождающим фактом при приобретении движимых вещей, тогда как передача вещи, согласно п. 1 ст. 223, определяет лишь момент, а не факт возникновения права собственности у приобретателя (причем диспозитивно, что дает возможность сторонам сделки определить этот момент иначе, например, приурочив его к наступлению какого-либо дополнительного условия). Возникновение права собственности у приобретателя недвижимой вещи четко связано с его государственной регистрацией (п. 2 ст. 223 и п. 1 ст. 551), а не с передачей такой вещи по соответствующему документу, представляющей собой исполнение договорного обязательства (абз. 2 п. 1 ст. 556 и п. 2 ст. 551 ГК), а не момент перехода права собственности на недвижимую вещь.

На это положение следует обратить внимание в связи с распространившимися в последнее время попытками использования в отечественной доктрине и даже в правоприменительной практике заимствованной из германского права конструкции "распорядительной" ("вещной") сделки как якобы главного основания для перехода права собственности на вещь от отчуждателя к приобретателю. Такие попытки, базирующиеся на достаточно искусственном разрыве "обязательственно-правового эффекта" (исполнения договорного обязательства по отчуждению вещи) и "вещно-правового эффекта" (перехода вещного права собственности), являются чуждыми для российского правопорядка, в котором никогда не существовало свойственного германскому (пандектному) праву принципиального разрыва "обязательственной" и "вещной" сторон сделки об отчуждении вещи (Trennungsprinzip) и выводимого из него "принципа абстракции" (Abstraktionsprinzip), позволяющего считать действительной "вещную сделку" независимо от возможной недействительности "обязательственной сделки" (не говоря уже о закрепленном последним различным содержанием и оформлении "вещных сделок" по передаче недвижимых и движимых вещей - ср. § 925 и 929 BGB - Германского гражданского уложения, ГГУ). ГК 1922 г. в ст. 66 предусмотрел для перехода права собственности на вещь наиболее простую (романскую) "систему договора", а ГК 1964 г. в ст. 135 перешел на диспозитивно закрепленную "систему традиции", дополненную впоследствии прямым указанием на значение регистрации договора об отчуждении вещи (ч. 2 ст. 135 в редакции от 24 февраля 1987 г.). Это же решение было закреплено и ст. 223 ГК 1994 г. <1>.

<1> Дореволюционный проект Гражданского уложения предусматривал для перехода права собственности на "недвижимые имущества" во всех случаях их "добровольного отчуждения", т.е. приобретения в силу договора, "систему регистрации" ("внесения в вотчинную книгу") (ч. 1 ст. 837), а для приобретения права собственности на движимые вещи - "систему передачи", совершаемой во исполнение заключенного договора (ч. 1 ст. 839).

При этом он исходил из "бесповоротности вотчинных прав на недвижимое имущество" (ст. ст. 745 - 747), что по общему правилу означало оставление в силе записей в вотчинной книге, "хотя бы по судебному решению было впоследствии признано, что имущество не принадлежало тому, кто его продал или установил на нем вотчинные права". Примечательно, что на аналогичных позициях стоит и германское право: как отмечают многие комментаторы ГГУ, даже "неправомерно внесенные (в поземельную книгу) права существуют; неправомерно не внесенные (в нее) права не существуют; в целом неправильное содержание (запись) поземельной книги действует как правильное" (см., например: Jauernig O., Schlechtriem P., Stürner R., Teichmann A., Vollkommer M. Bürgerliches Gesetzbuch. Erläuterungen (Kommentar). 6. Aufl. München, 1991. S. 1065).

Но к введению таких правил ни отечественный законодатель, допустивший неограниченное судебное оспаривание зарегистрированных прав на недвижимость (абз. 2 п. 1 ст. 2 Федерального закона от 21 июля 1997 г. N 122-ФЗ "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним"), ни тем более правоприменительная практика оказались пока не готовы.

К сожалению, четкое разделение правового режима движимых и недвижимых вещей в меньшей мере удалось провести при оформлении норм о защите права собственности на них, которые в значительной мере остались тождественны аналогичным правилам прежнего правопорядка (ср. ст. ст. 151, 152, 154 - 157 ГК РСФСР 1964 г.), не учитывавшим этого важного различия. Лишь с началом функционирования системы государственной регистрации прав на недвижимость и сделок с ней стало ясно, что нормы о виндикации в основном рассчитаны на истребование из незаконного владения движимых вещей. Виндикация же недвижимой вещи невозможна без предварительного признания права собственности истца на истребуемое имущество, которое в подавляющем большинстве случаев неизбежно связано с изменением соответствующей записи в Едином государственном реестре прав, т.е. так или иначе сводится к спору о признании права собственности. Поэтому разрешение ряда (хотя, конечно, и далеко не всех) возникших в практике проблем потребовало дополнения норм ГК (абз. 2 п. 2 ст. 223 в редакции от 30 декабря 2004 г.).

ГК отказался от выделения форм собственности как гражданско-правовой категории: в п. 1 ст. 212 текстуально воспроизводится правило п. 2 ст. 8 Конституции РФ о признании разных форм собственности, однако теперь оно помещено в статью о субъектах права собственности, наличие исчерпывающего перечня которых (п. 2 ст. 212 ГК) в действительности исключает появление каких-либо иных форм собственности, кроме частной и публичной, т.е. принадлежности имущества на праве собственности гражданам, юридическим лицам и публично-правовым образованиям. Кроме того, в абз. 1 п. 3 ст. 212 ГК по типу законодательного решения, впервые закрепленного в п. 2 ст. 44 Основ гражданского законодательства 1991 г., юридически корректно говорится не о политэкономических формах собственности, а об "особенностях приобретения и прекращения права собственности", а также об особенностях осуществления этого права в зависимости от того,

находится ли имущество в собственности гражданина, юридического лица или публично-правового образования. Из этого ясно, что речь идет о едином праве собственности, содержание и возможности осуществления которого в принципе больше не зависят от его субъекта (субъектного состава).

Важно также отметить, что право собственности прямо регулируется в ГК как важнейшая, но не единственная составная часть вещного права. В ст. 216 закреплен подробный, хотя и не исчерпывающий перечень других (ограниченных) вещных прав на имущество, в числе которых ставшие традиционными для отечественного правового порядка права хозяйственного ведения и оперативного управления имуществом. Однако открывается этот перечень ограниченными вещными правами на землю: правом пожизненного наследуемого владения и правом постоянного (бессрочного) пользования земельными участками. Хотя эти права и не являются вполне классическими вещными правами, ибо оформляют использование частными собственниками земли, находящейся в государственной (публичной), а не в частной собственности, их выдвигание на первое место в системе ограниченных вещных прав ясно говорит о намерении отечественного законодателя постепенно перейти к традиционному вещно-правовому регулированию.

При этом ст. 216 ГК фактически закрепляет и некоторые признаки ограниченных вещных прав, поскольку эта категория за время своего долгого отсутствия в отечественном правовом порядке была основательно забыта не только законодательством, но и доктриной. К их числу отнесены: производность данных прав от права собственности и их ограниченное в сравнении с правом собственности содержание (п. 2 ст. 216); "право следования" (п. 3 ст. 216); абсолютный характер правовой защиты (п. 4 ст. 216).

То обстоятельство, что в этой статье отсутствует исчерпывающий перечень (*numerus clausus*) ограниченных вещных прав, являющийся одной из их принципиальных характеристик, было вызвано спорами относительно юридической природы некоторых имущественных гражданских прав, а также опасением сдержать их развитие в дальнейших разделах ГК, которые не были готовы к моменту принятия его части первой. Действительно, уже в части второй ГК появилось ограничение права собственности плательщика ренты на недвижимое имущество, переданное ему в обеспечение пожизненного содержания (распорядиться которым в соответствии с ч. 1 ст. 604 ГК он может лишь с предварительного согласия получателя ренты), которое вызывает вопрос относительно юридической природы (обязательственной или вещной) прав на это имущество получателя ренты <1>. Затем в части третьей ГК было закреплено право пожизненного пользования отказополучателем жилым помещением наследодателя (п. 2 ст. 1137 ГК), которое вполне может быть отнесено к числу ограниченных вещных прав.

<1> По сути, речь здесь идет о залоговом (вещном) праве гражданина - получателя ренты на отчужденное им недвижимое имущество, которое в общем виде установлено п. 1 ст. 587 ГК (см.: Гражданское право: Учебник. Т. III. Обязательственное право / Под ред. Е.А. Суханова. 3-е изд. М., 2005. С. 441 (автор главы - В.С. Ем)).

В ст. 292 ГК первоначально закреплялось и ограниченное вещное право пользования членом семьи собственника принадлежащим последнему жилым помещением. Вещный характер этого права косвенно подтверждался и заголовком гл. 18 ГК, говорящим о "других вещных правах на жилые помещения". В дальнейшем, однако, новой формулировкой п. 2 ст. 292 ГК данное право было лишено правомочия следования и тем самым утратило свой вещный характер. Это обстоятельство фактически подтвердил и новый Жилищный кодекс РФ в п. 4 ст. 31.

Вместе с тем новый ЖК включает раздел II, аналогичный по заголовку и отчасти по содержанию гл. 18 ГК "Право собственности и другие вещные права на жилые помещения". Наряду с правом пользования жилым помещением, предоставленным по завещательному отказу (ст. 33 ЖК), вещный характер которого предопределен правилами п. 2 ст. 1137 ГК, в этом разделе Жилищного кодекса содержится и норма о праве пользования жилым помещением получателем ренты на основании договора его пожизненного содержания с иждивением (ст. 34 ЖК). Вещный характер прав такого пользователя предопределен законодателем как включением правил о нем в разд. II ЖК, посвященный исключительно вещным правам на жилые помещения, так и содержащейся в ст. 34 ЖК отсылкой к ст. 33 ЖК, т.е. к вещному праву пользования отказополучателя. Таким образом, Жилищный кодекс признал вещный, а не обязательственный характер двух названных имущественных прав по пользованию жилыми помещениями, несмотря на отсутствие указаний о них в общем перечне п. 1 ст. 216 ГК.

В связи с этим возникает вопрос о соотношении жилищного и гражданского законодательства и их кодификаций, в том числе в сфере вещного права. В соответствии со ст. 4 ЖК жилищное законодательство регулирует как гражданско-правовые (частноправовые) отношения пользования жилыми помещениями, являющимися объектами недвижимости (п. 2 ст. 15 ЖК), так и соответствующие им административно-правовые (публично-правовые) отношения, т.е. является комплексным. Следовательно, в части гражданско-правового регулирования его

нормы должны соответствовать общим положениям гражданского права (абз. 2 п. 2 ст. 3 ГК), тем более что регулируемые жилищным законодательством отношения по владению, пользованию и распоряжению жилыми помещениями по своим юридическим характеристикам тождественны гражданско-правовым отношениям (ср. п. п. 1 - 3 ст. 1 ЖК и ст. 1, п. 1 ст. 2 ГК), а точнее, представляют собой разновидность последних <1>. С этой точки зрения представляется правильным говорить не о наличии норм "жилищного права" в Гражданском кодексе, а о наличии норм гражданского права в жилищном законодательстве (ибо в последнем случае речь идет именно об отрасли законодательства, а не о самостоятельной отрасли права).

<1> Вместе с тем нет никаких оснований рассматривать Жилищный кодекс в качестве *lex specialis* в отношении Гражданского кодекса даже в части содержащегося в ЖК гражданско-правового регулирования: последний не принимался "в соответствии с Гражданским кодексом" (как, например, многие законы о статусе юридических лиц), имеет собственный, конституционно определенный предмет (подп. "к" п. 1 ст. 72 Конституции РФ) и опирается на собственные принципы (ср. ст. ст. 1 и 5 ЖК).

В соответствии с этим Жилищный кодекс имеет приоритет в применении перед другими законами, содержащими нормы жилищного законодательства (п. 8 ст. 5 ЖК), но должен уступать ГК в сфере регулирования жилищных отношений, являющихся одновременно гражданско-правовыми. При ином подходе приоритет над ГК получают не только Жилищный и Земельный кодексы, но и транспортные кодексы, обобщающие законы в сфере страхования, банковской деятельности и т.д., что приведет к распаду единого по своей юридической (отраслевой) природе гражданского законодательства и соответствующей ему кодификации. Иными словами, комплексная (межотраслевая) систематизация законодательства, в том числе и в форме "кодификации" <1>, не может и не должна иметь приоритет над отраслевой кодификацией. Из этого, в частности, следует, что гражданско-правовую (вещную или обязательственную) природу имущественных прав, строго говоря, должно определять именно гражданское, а не комплексное (жилищное) законодательство.

<1> Такая систематизация в действительности не может стать подлинной кодификацией хотя бы потому, что разноотраслевой характер охватываемых ею норм препятствует формированию полноценной общей части, составляющей принципиальную черту любого кодекса пандектного типа (что было давно и убедительно обосновано в спорах о возможностях кодификации хозяйственного или предпринимательского законодательства) - см., например: Иоффе О.С. Вопросы кодификации Общей части советского гражданского права // Вопросы кодификации советского права. Вып. 1. Л., 1957.

К сожалению, имеются и другие примеры решения гражданско-правовых по сути вопросов права собственности (вещного права) законодательными актами публично-правового характера, причем без внесения необходимых изменений в основополагающие правила Гражданского кодекса. Так, абз. 2 п. 3 ст. 212 ГК предусмотрено правило, согласно которому федеральный закон может определить виды имущества, которые могут находиться только в государственной или муниципальной собственности, т.е. изымаются из свободного гражданского оборота (п. 2 ст. 129 ГК). Из него следует, что такое имущество может находиться только в собственности публично-правовых образований; другими словами, в собственности этих субъектов гражданского права, в отличие от собственности частных (физических и юридических) лиц, может находиться любое имущество, в том числе изъятое из оборота или ограниченное в обороте. Между тем законодательство о государственном устройстве предусмотрело, что в собственности субъектов Российской Федерации и муниципальных образований теперь может находиться только имущество строго целевого назначения: предназначенное для осуществления возложенных на них публично-правовых полномочий и функций и для обеспечения деятельности их органов, должностных лиц и других работников <1>. При этом такие ограничения не распространяются на федеральную собственность, что позволяет говорить о ее привилегированном правовом режиме и вызывает сомнения в соответствии этих правил конституционному принципу равенства форм собственности (п. 2 ст. 8 Конституции РФ) <2>.

<1> См. п. 1 ст. 26.11 Федерального закона от 6 октября 1999 г. N 184-ФЗ "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации" (в редакции Федерального закона от 4 июля 2003 г. N 95-ФЗ) (СЗ РФ. 1999. N 42. Ст. 5005; 2003. N 27 (ч. 2). Ст. 2709) и п. 1 ст. 50 Федерального закона от 6 октября 2003 г. N 131-ФЗ "Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации" (СЗ РФ. 2003. N 40. Ст. 3822).

<2> Несмотря на то что Конституционный Суд РФ в своих "правовых позициях", закрепленных в констатирующей части Постановления от 30 июня 2006 г. N 8-П (Вестник Конституционного Суда РФ. 2006. N 4), как будто бы подтвердил их конституционность.

Очевидно, что установление целевого характера имущества, находящегося в собственности субъектов РФ или в муниципальной собственности, направлено на объективно необходимое в рыночных условиях дальнейшее ограничение участия публично-правовых образований в гражданско-правовых имущественных отношениях. Однако сделать это следовало бы в первую очередь в общих нормах ГК о праве собственности, а не порождать очередное искусственное противоречие с ними.

Вместе с тем следует подчеркнуть, что нормы вещного права ГК будут продолжать развиваться и совершенствоваться не только за счет снятия неоправданных противоречий с другими законодательными актами, действующими в этой сфере. Представляется, что одним из основных направлений их неизбежного развития должно стать постепенное включение в ГК правил об ограниченных вещных правах на земельные участки и другие виды недвижимых вещей: разнообразные сервитуты, право застройки, узусфрукт, "земельные повинности" ("вещные выдачи") и т.п., подобно тому, как это имеет место практически во всех правовых системах восточноевропейских государств, близких нам по уровню правового и экономического развития. Российское вещное право должно в большей мере приближаться к классическим образцам, шире включая в свой предмет отношения землепользования.

ВИТРИАНСКИЙ В.В.

НЕКОТОРЫЕ ИТОГИ КОДИФИКАЦИИ ПРАВОВЫХ НОРМ О ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОМ ДОГОВОРЕ

1. Свобода договора и его правовое регулирование

Завершившийся недавно процесс кодификации гражданского законодательства подтвердил особое значение (я бы даже сказал, выдающуюся роль) гражданско-правового договора как основного регулятора имущественных отношений. Достаточно сказать, что более 660 статей Гражданского кодекса Российской Федерации (из 1551 статьи, содержащихся в ГК) непосредственно посвящено договорам: общим положениям о гражданско-правовом договоре и отдельным видам договорных обязательств. Данное обстоятельство, бесспорно, свидетельствует о тенденции (столь ярко выраженной в ГК) возрастания роли договора. Это во многом объясняется тем, что подавляющее большинство участников имущественного оборота (граждан и юридических лиц) выступают в качестве собственников своего имущества. Кстати сказать, центральное место частной собственности в экономике также во многом было обеспечено в процессе кодификации гражданского законодательства.

Помимо столь солидного объема специальных "договорных" статей в ГК имеется большое число иных норм, которые также направлены на регулирование договора. Речь идет прежде всего о законоположениях о сделках и обязательствах. Ведь согласно п. п. 2 и 3 ст. 420 ГК к договорам применяются правила о двух- и многосторонних сделках, предусмотренные гл. 9 ГК, а к договорным обязательствам - общие положения об обязательствах (ст. ст. 307 - 419). Таким образом, мы можем сказать, что более половины норм, содержащихся в ГК, посвящены регулированию договоров.

Применение же к договорам норм о сделках и об обязательствах свидетельствует о многоаспектном характере категории "договор", используемой в ГК: в разных статьях Кодекса договор регулируется и в качестве основания возникновения договорного обязательства ("договор-сделка"), и как форма соответствующего правоотношения ("договор-документ").

Как известно, относительно многопонятийного представления о договоре велись научные дискуссии еще в советской и постсоветской юридической литературе. Признавая договор соглашением двух или нескольких лиц о возникновении, изменении или прекращении гражданских правоотношений, одни авторы отмечали, что под договором понимаются также само обязательство и документ, фиксирующий возникновение этого обязательства <1>; другие выступали против такого подхода, полагая, что в данном случае имеет место разнотенность одного и того же термина <2>; третьи же противопоставляли договор понятию сделки <3>.

<1> См., напр.: Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 26.

<2> См., напр.: Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1950. С. 117.

<3> См., напр.: Гражданское право: Учебник. Т. 2 / Под ред. Е.А. Суханова. М., 1993. С. 42 (автор раздела - Б.И. Пугинский).

После принятия и опубликования Гражданского кодекса Российской Федерации (части первой и части второй) цивилистической доктриной все же был признан многоаспектный характер категории "договор" в том значении, в каком данное понятие употребляется в ГК <1>.

<1> См., напр.: Гражданское право: Учебник. Ч. 1 / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. СПб., 1996. С. 428 (автор раздела - Н.Д. Егоров); Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 1. Общие положения. 2-е изд., испр. М., 1999. С. 14 - 15 и др.

Данный вопрос не является чисто теоретическим. При решении любых проблем в области договорного права, возникающих в судебно-арбитражной практике, необходимо прежде всего определиться, о каком именно аспекте понятия "договор" идет речь в той или иной правовой норме, подлежащей применению.

Возьмем, к примеру, проблему соотношения требований о признании договора недействительной сделкой и о признании договора незаключенным. В настоящее время нередко можно встретить судебные решения об отказе в иске о признании договора недействительным в связи с тем, что данный договор признается судом незаключенным. Такой подход вряд ли может быть признан правильным, поскольку он основан на неправильной последовательности оценки различных аспектов договора. Применительно ко всякому договору в первую очередь подлежит выяснению вопрос о том, является ли он законной и действительной сделкой и, следовательно, может ли договор быть признан тем состоявшимся юридическим фактом, который может служить основанием возникновения соответствующего правоотношения (договорного обязательства). Когда же речь идет о признании договора незаключенным (или заключенным), оценке подлежит само правоотношение (договорное обязательство) с точки зрения достижения сторонами соглашения по всем существенным условиям договорного обязательства и облечения его в форму, предусмотренную законодательством (ст. 432 ГК). Очевидно, что вопрос о признании договора незаключенным, затрагивающий такой аспект договора, как "договор-правоотношение", может рассматриваться лишь в отношении договора, признаваемого действительной сделкой ("договор-сделка"), а не наоборот.

Среди огромного числа специальных "договорных" норм, содержащихся в ГК, особое место занимают общие положения о договоре (гл. 27 - 29 ГК).

В Кодексе (п. 1 ст. 420) содержится традиционное для российского гражданского права определение понятия "договор": договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей.

Принцип свободы договора возведен в ранг основных принципов гражданского законодательства (ст. 1 ГК). В основе договора лежит не чужая воля, навязанная сторонам плановым или иным административным актом, как это нередко имело место в советские годы, а свободно выраженная воля самих сторон. Важно отметить, что ГК не только провозглашает принцип свободы договора, но и раскрывает его содержание в конкретных законоположениях. В частности, в п. 1 ст. 421 ГК предусмотрено, что граждане и юридические лица свободны в заключении договора. Решение вопроса о том, вступать ли в договорные отношения, по общему правилу зависит лишь от воли потенциальных контрагентов. Понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность одной из сторон заключить договор прямо предусмотрена законом либо добровольно принятым обязательством. Стороны свободны и в выборе контрагента по договору, а также вольны прекратить договор по своему соглашению (п. 1 ст. 450 ГК).

Стороны свободны в определении условий договора, которые формулируются по их усмотрению. Исключение составляют лишь случаи, когда содержание соответствующего условия договора прямо предписано законом или иными правовыми актами.

Стороны могут заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами (п. 2 ст. 421 ГК). Следовательно, стороны вольны в выборе конкретного типа (вида) договора, которым они желали бы урегулировать свои отношения. Причем предметом их выбора может быть и договор, который не нашел отражения в законодательстве (непоименованный договор), главное, чтобы он этому законодательству не противоречил.

Стороны вправе также заключить так называемый смешанный договор, т.е. договор, в котором содержатся элементы различных договоров (п. 3 ст. 421 ГК). В таком случае отношения сторон подлежат регулированию правилами о соответствующих договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если только стороны сами не договорятся о том, какое законодательство применяется к их договору. Тем самым создана правовая база для оптимального решения сложных вопросов, нередко возникающих в практике при заключении и исполнении договоров сотрудничества, договоров о совместной деятельности и других подобных договоров, опосредующих целый комплекс отношений сторон.

Вместе с тем в условиях действия принципа свободы договора отнюдь не отрицается возможность законодательного регулирования договорных отношений. Напротив, в рыночных условиях свобода от административного диктата предполагает наличие развитой и детальной системы правового регулирования. Это положение лежит в основе и ГК, который исходит из того, что помимо самого договора, который конечно же является основным средством регулирования отношений, складывающихся в сфере имущественного оборота, имеются еще как минимум три уровня регулирования договорных отношений (п. п. 4 и 5 ст. 421 ГК).

Во-первых, законодательство может включать в себя императивные нормы, определяющие условия некоторых договоров. Существование императивных норм может диктоваться необходимостью обеспечения защиты либо публичных интересов, либо прав слабой стороны в гражданско-правовых отношениях, например прав потребителей.

Условия договора должны соответствовать императивным нормам, в противном случае они будут недействительными. Однако в данном случае речь идет только о тех императивных нормах, которые являлись действующими в момент заключения договора. В этом смысле заслуживает внимания одно из принципиальных положений ГК, применение которого на практике реально обеспечивает стабильность договорных отношений: если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон правила, иные чем те, которые действовали при заключении договора, условия договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в самом законе установлено, что его действие распространяется и на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров (п. 2 ст. 422 ГК). Таким образом, в качестве общего правила действует законоположение о приоритете договора над законом, принятым после заключения договора.

Второй уровень правового регулирования договорных отношений представляет собой большой пласт диспозитивных норм. В отличие от императивной диспозитивная норма применяется лишь постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное. Стороны своим соглашением могут установить условие, отличное от предусмотренного в указанной норме, либо вообще исключить ее применение. И только при отсутствии такого соглашения условие договора определяется диспозитивной нормой.

И наконец, третий уровень регулирования договорных отношений представляет собой обычаи делового оборота, в качестве которых признаются сложившиеся и широко применяемые в какой-либо области предпринимательской деятельности правила поведения, не предусмотренные законодательством, независимо от того, зафиксированы ли они в каком-либо документе (ст. 5 ГК).

Если же различные уровни регулирования договорных обязательств (включая и такой регулятор, как договор) расположить по определенной иерархии, критерием которой будет служить приоритетность в применении к условиям договора, мы получим следующую логическую цепочку регулирования прав и обязанностей сторон по гражданско-правовому договору: на первом месте императивные нормы, содержащиеся в законодательстве, которое действовало в момент заключения договора; на втором - условия договора, установленные по соглашению сторон, и на третьем - диспозитивные нормы. Что же касается обычаев делового оборота, то они подлежат применению к договорным отношениям в случаях, когда соответствующее условие договора не определено ни императивной нормой, ни соглашением сторон, ни диспозитивной нормой.

2. Типовые договорные конструкции

Важную роль в судебно-арбитражной практике и в реальном имущественном обороте играют выделенные в ГК типовые договорные конструкции: публичный договор (ст. 426); договор присоединения (ст. 428); предварительный договор (ст. 429); договор в пользу третьего лица (ст. 430).

Указанные договорные конструкции объединяет то обстоятельство, что они подлежат применению (в том числе путем их использования сторонами договора при оформлении своих договорных отношений) практически к любым типам (видам) договорных обязательств, которые обладают необходимым набором признаков, характерных для каждой типовой договорной конструкции.

Так, для публичного договора характерен следующий набор признаков: во-первых, в качестве субъекта договора, на стороне которого лежит обязанность по продаже товаров, выполнению работ, оказанию услуг, должна выступать коммерческая организация; в роли контрагента такой организации может оказаться любое физическое или юридическое лицо, которое в данной договорной связи является потребителем товаров, работ, услуг, производимых или осуществляемых коммерческой организацией; во-вторых, данная коммерческая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять продажу товаров, выполнение работ, оказание услуг в отношении каждого, кто к ней обратится.

Основной вопрос, возникающий при отнесении того или иного гражданско-правового договора к типовой договорной конструкции публичного договора, состоит в выяснении правовых последствий такой квалификации. В связи с этим можно сделать вывод о четырех видах

юридических последствий для коммерческой организации, являющейся субъектом публичного договора:

1) в отношении такой коммерческой организации исключается действие принципа свободы договора: она не вправе по своему усмотрению ни выбирать партнера, ни решать вопрос о заключении с ним договора; отказ коммерческой организации от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, работы или услуги не допускается;

2) коммерческая организация, являющаяся субъектом публичного договора, не вправе оказывать предпочтение в заключении договора кому-либо из обратившихся к ней потребителей, за исключением случаев, предусмотренных законодательством;

3) условия публичного договора (в том числе о цене на товары, работы, услуги) должны устанавливаться одинаковыми для всех потребителей, кроме тех случаев, когда законодательством допускается предоставление льгот отдельным категориям потребителей;

4) в случае необоснованного уклонения коммерческой организации от заключения публичного договора такой договор может быть заключен в принудительном порядке по решению суда; потребитель также вправе потребовать возмещения с коммерческой организации убытков, вызванных уклонением от заключения договора.

Другая типовая договорная конструкция - договор присоединения, охватывающая те договоры, которые заключаются путем присоединения одной из сторон к условиям договора, определенным другой стороной в формулярах или иных стандартных формах.

Критерием отнесения договоров к названной типовой договорной конструкции является не характер деятельности одной из сторон договора, как это имеет место в публичном договоре, а способ заключения договора. Следовательно, характерные черты типовой договорной конструкции договора присоединения определяются в преобладающей степени юридико-техническими факторами и могут быть обнаружены в области техники договорной работы.

Две характерные черты должны быть присущи всякому договору присоединения: во-первых, условия договора должны быть определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах, к числу которых, однако, не могут быть отнесены растиражированные образцы текстов договоров, поскольку в этом случае другая сторона вправе заявить о разногласиях по договору и в конечном итоге условия такого договора будут определяться в обычном порядке, т.е. по соглашению сторон; во-вторых, условия договора, определенные в соответствующем формуляре или содержащиеся в стандартной форме, могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к этим условиям; это требование исключает возможность для сторон в договоре присоединения формулировать условия, отличные от выраженных в стандартной форме или формуляре, по их соглашению, а для присоединившейся стороны - также и саму возможность заявлять при заключении договора о разногласиях по его отдельным условиям.

Таким образом, дело стороны, присоединяющейся к предложенному договору, - присоединиться к договору в целом (или не присоединяться к нему). Это ограничивает ее права, но значительно облегчает процесс заключения договора и оформления договорных отношений.

Юридические последствия отнесения того или иного договора к типовой договорной конструкции договора присоединения заключаются в наделении присоединившейся стороны правом требовать расторжения или изменения договора по особым основаниям, которые не признаются таковыми в обычных случаях (ст. 450 ГК). Присоединившаяся сторона вправе потребовать изменения или расторжения договора, если он лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договору такого вида, или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора.

Как можно видеть, обстоятельства, которые служат основанием для расторжения или изменения договора присоединения, не связаны с незаконностью договора или его отдельных условий - они скорее являются следствием формулирования этих условий в одностороннем порядке, в силу чего увеличивается вероятность включения в договор присоединения условий, устанавливающих односторонние преимущества и льготы в отношении стороны, разрабатывающей условия договора, и, напротив, чрезмерно обременительных условий для присоединившейся стороны.

Коммерческие организации и иные лица, присоединяющиеся к условиям договора в связи с осуществлением предпринимательской деятельности, не наделены в полной мере объемом правомочий присоединившейся стороны на расторжение или изменение договора. В отличие от рядовых потребителей соответствующие требования лиц, профессионально занимающихся предпринимательской деятельностью, могут быть судом отклонены, если будет доказано, что они знали или должны были знать, на каких условиях заключается договор присоединения.

Еще одна типовая договорная конструкция, регулируемая ГК, - предварительный договор. Под предварительным договором понимается такой договор, по которому стороны обязуются

заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основной договор) на условиях, предусмотренных предварительным договором.

Существенные условия предварительного договора могут быть разделены на два вида: условия, имеющие отношение непосредственно к предварительному договору (например, срок заключения основного договора), а также условия, позволяющие установить предмет и иные существенные условия основного договора.

Срок заключения сторонами основного договора должен быть указан в предварительном договоре. Однако, если такой срок сторонами не определен, действует презумпция, согласно которой основной договор подлежит заключению в течение одного года с момента заключения предварительного договора (п. 4 ст. 429 ГК). Во всех случаях срок заключения основного договора остается существенным условием предварительного договора: либо этот срок устанавливается сторонами, либо он признается равным одному году с момента заключения предварительного договора.

Юридические последствия заключения сторонами предварительного договора состоят в том, что обе стороны, вступая в такой договор, добровольно принимают на себя обязательство заключить основной договор, допуская тем самым в отношении себя и возможность понуждения к заключению этого договора (п. 1 ст. 421 ГК). Правда, соответствующее обязательство действует лишь в течение срока, определенного сторонами в предварительном договоре, а если такой срок сторонами не определен - в течение года с момента заключения предварительного договора.

И наконец, последняя типовая договорная конструкция, предусмотренная общими положениями о договоре, содержащимися в ГК, - договор в пользу третьего лица. Данная договорная конструкция (как и в случаях с публичным договором, договором присоединения и предварительным договором) рассчитана на применение к любым типам (видам) гражданско-правовых договоров, отвечающих определенным требованиям, но наиболее широкое распространение она получила в сфере отношений по страхованию, перевозке грузов, доверительного управления имуществом.

Два характерных признака присущи всякому договору в пользу третьего лица: во-первых, в таком договоре должно быть предусмотрено, что должник обязан исполнить свое обязательство не кредитору, а третьему лицу (указанному либо не указанному в договоре); во-вторых, третье лицо, в пользу которого должно быть произведено исполнение, наделяется самостоятельным правом требования в отношении должника по договорному обязательству.

За кредитором сохраняется право требовать от должника исполнения обязательства, но это право может быть им реализовано только в том случае, когда третье лицо, в пользу которого обусловлено исполнение договорного обязательства, откажется от своего права требования к должнику. Следовательно, право требования третьего лица, в пользу которого заключен договор, имеет преимущество перед правом требования, принадлежащим кредитору в договорном обязательстве.

Кроме того, с момента выражения третьим лицом должнику своего намерения воспользоваться своим правом по договору сторонам в договорном обязательстве - должнику и кредитору - запрещается изменять или расторгать договор без согласия третьего лица.

Наличие у третьего лица самостоятельного права требования исполнения обязательства от должника позволяет отграничить договор в пользу третьего лица от обычных договоров, предусматривающих исполнение обязательства третьему лицу. В этом случае третье лицо является лишь управомоченным принять исполнение обязательства от должника, которое при этом считается исполненным самому кредитору. Именно кредитору (а не третьему лицу) принадлежит право требовать от должника исполнения обязательства. Подобные взаимоотношения нередко возникают при исполнении договора купли-продажи или поставки товаров, когда отправка товаров в соответствии с договором производится не покупателю, а в адрес получателей, указанных покупателем.

3. Толкование договора

Вопросам толкования договора посвящены нормы, содержащиеся в ст. 431 ГК. В юридической литературе обращается внимание на то, что по вопросу о толковании договора "в принципе в законодательстве разных стран и в разное время существовали прямо противоположные исходные позиции. Одни из них опирались на "теорию воли", а другие - на "теорию волеизъявления". Суть расхождений состояла в определении того, чему следует отдавать предпочтение при несовпадении воли и волеизъявления: тому ли, что написано в договоре или высказано сторонами при определении его условий, либо тому, что стороны в действительности имели в виду, выражая устно или письменно свое понимание соответствующих действий, и прежде всего оферты или акцепта" <1>. С этой точки зрения в ст. 431 ГК нашла свое последовательное выражение теория волеизъявления.

Нормы о толковании договора адресованы прежде всего суду. Именно при разрешении судом споров, связанных с неисполнением или ненадлежащим исполнением договорных обязательств, а также применением ответственности за нарушение договора, чаще всего и возникает необходимость толкования условий договора.

Существо правил толкования условий договора заключается в использовании в определенной последовательности (очередности) двух способов толкования договора.

Первый способ толкования - выяснение буквального значения содержащихся в договоре слов и выражений. В этих целях производится сравнительный анализ, сопоставление спорного условия договора с другими условиями, а также смыслом договора в целом.

Второй способ толкования - выяснение действительной общей воли сторон с учетом цели договора, в том числе и за рамками текста договора. Помимо договора анализу подвергаются и другие документы, связанные с заключением и исполнением договора, к примеру, переписка по этим вопросам, материалы, свидетельствующие о фактических взаимоотношениях сторон. Большое значение при таком толковании договора имеют обычаи делового оборота.

Однако суд вправе использовать второй способ толкования условий договора лишь в том случае, если применение первого способа толкования (выяснение буквального значения договора) не позволяет определить содержание условий договора.

Таким образом, законодатель отдает предпочтение первому способу толкования договора, т.е. выяснению буквального значения его условий (иными словами, волеизъявлению сторон, выраженному в договоре). Такой подход повышает значение текста договора (а не гипотетической воли сторон) и ориентирует участников имущественного оборота на необходимость тщательной проработки всех условий заключаемых договоров.

4. Заключение договора

Договор считается заключенным при соблюдении двух необходимых условий: сторонами должно быть достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора; достигнутое сторонами соглашение по своей форме должно соответствовать требованиям, предъявляемым к такого рода договорам (ст. 432 ГК).

Заключение договора, исходя из природы этой гражданско-правовой категории (соглашение сторон), предполагает выражение воли каждой из сторон (волеизъявление) и ее совпадение.

Что касается порядка заключения договора, то он состоит в том, что "договор заключается посредством направления оферты (предложения заключить договор) одной из сторон и ее акцепта (принятия предложения) другой стороной" (п. 2 ст. 432 ГК).

Неоднозначную оценку в современной юридической литературе, включая некоторые комментарии к Гражданскому кодексу РФ и учебники по гражданскому праву, вызвал вопрос о существенных условиях договора.

В целом складывающийся взгляд на существенные условия договора сводится к следующей формуле: существенными условиями договора могут быть признаны только такие его условия, отсутствие которых в тексте договора влечет признание его незаключенным <1>.

<1> См., например: Гражданское право: Курс лекций. Ч. 2: Обязательственное право / Отв. ред. О.Н. Садиков. М., 1997. С. 12; Гражданское право: Учебник. Ч. 2 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1997. С. 13.

Для выяснения сути понятия "существенные условия договора" необходимо ответить на вопрос, о каком аспекте понятия "договор" идет речь, когда мы анализируем проблему существенных условий договора. "Договор-сделка" представляет собой юридический факт, который в принципе не может иметь собственное содержание, включая и какие-либо существенные условия. "Договор-документ", т.е. определенный текст, состоящий из пунктов, также не может служить источником всех условий договора, поскольку многие из них определяются императивными и диспозитивными нормами, а также обычаями делового оборота (п. п. 4 и 5 ст. 421 ГК). Следовательно, исследование существенных условий договора предполагает анализ "договора-правоотношения", содержание которого отнюдь не исчерпывается пунктами, имеющимися в тексте договора.

Если в отношении какого-либо условия договора имеется диспозитивная норма, то отсутствие в тексте договора (т.е. в "договоре-документе") пункта, определяющего это условие, вовсе не означает, что соответствующее условие отсутствует в договоре. При этом конечно же имеется в виду договор как правоотношение. Поэтому из всех существенных условий необходимо выделять существенные условия договора, определенные диспозитивными нормами (определимые существенные условия договора).

Определение существенных условий договора как условий, отсутствие которых в тексте договора влечет признание его незаключенным, логически неверно, поскольку в этом случае явление определяется посредством указания на последствия его отсутствия. Такое определение не позволяет раскрыть существо явления и в силу этого представляется практически бесполезным. Кроме того, подобный подход ставит содержание и само существование одной из важнейших гражданско-правовых категорий в зависимость от техники законодательной работы.

Среди всех условий всякого договора необходимо выделять те условия, которые составляют видообразующие признаки соответствующего договорного обязательства (отражают природу договора) и поэтому включаются законодателем в само определение того или иного договора. Такие условия, бесспорно, являются существенными условиями договора, ибо называя их (включая в определение договора), законодатель тем самым дает понять, что указанные условия необходимы для данного вида договорного обязательства.

Первым среди всех существенных условий договора названо условие о предмете договора (п. 1 ст. 432 ГК). Предмет договора, а вернее сказать, предмет обязательства, вытекающего из договора, представляет собой действия (или бездействие), которые должна совершить обязанная сторона (или соответственно воздержаться от их совершения). Как отмечал Д.И. Мейер, "предметом договора всегда представляется право на чужое действие..." <1>. Например, предметом договора купли-продажи являются действия продавца по передаче товара в собственность покупателя и соответственно действия покупателя по принятию этого товара и уплате за него установленной цены, а не товар (его количество и наименование), как это принято иногда считать. Другое дело, что в отношении договора купли-продажи законодателем установлено специальное правило: условие договора купли-продажи о товаре считается согласованным, если договор позволяет определить наименование и количество товара (п. 3 ст. 455 ГК). Однако данное положение относится не столько к предмету договора, сколько к его объекту, и им не исчерпываются существенные условия договора купли-продажи. Отсутствие в тексте договора иных пунктов, регламентирующих действия сторон по передаче товара покупателю, а также принятию последним и оплате принятого товара, компенсируется диспозитивными нормами, определяющими порядок и сроки совершения указанных действий, что означает наличие в договоре купли-продажи существенного условия о предмете договора.

<1> Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). Ч. 2. По изд. 1902. М., 1997. С. 161.

Вторая группа существенных условий, указание на которые содержится непосредственно в тексте ГК (п. 1 ст. 432), включает в себя условия, необходимые для договоров данного вида. Важно отметить, что ранее действовавшее законодательство выводило необходимость соответствующих условий из характера самого договорного правоотношения, независимо от того, что указано в законе, т.е. признавало необходимость данного условия для данного вида договора в качестве самостоятельного источника определения существенных условий договора. Иными словами, наряду с существенными условиями договора, которые были признаны таковыми по закону, традиционно выделялись в качестве самостоятельных существенные условия договора, которые хотя и не признаны таковыми по закону, но необходимы для договоров данного вида. Исходя из буквального прочтения нормы, содержащейся в п. 1 ст. 432 ГК, теперь к существенным относятся только те условия, которые названы в законе или ином правовом акте либо как существенные, либо как необходимые для договоров данного вида.

Однако отмеченное изменение в подходе законодателя к существенным условиям договора по признаку их необходимости для договоров данного вида не влечет серьезных изменений в практике применения соответствующих законоположений. В самом деле, если речь идет о "поименованных" договорах, т.е. предусмотренных ГК и другими законами, то за рамками норм, регулирующих соответствующий вид договорных обязательств (при надлежащем их толковании), вряд ли целесообразно искать некие иные условия, которые являются необходимыми для данного вида договора. Более того, допущение возможности их поиска привело бы к опасности судебного произвола и в целом к нестабильности договорных отношений. Что же касается непоименованных договоров, т.е. не предусмотренных законом, то круг необходимых для них существенных условий может определяться на основе норм, регулирующих сходные договорные обязательства, применяемых в этом случае по аналогии закона.

К третьей группе существенных условий относятся условия договора, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные для договоров данного вида.

В целом ряде случаев ГК, осуществляя регулирование того или иного договора, определяет круг его существенных условий. Например, таким способом определены существенные условия договора доверительного управления имуществом, к их числу отнесены: состав имущества, передаваемого в доверительное управление; наименование юридического лица или имя гражданина, в интересах которого осуществляется управление имуществом (учредителя

управления или выгодоприобретателя); размер и форма вознаграждения управляющему, если выплата вознаграждения предусмотрена договором; срок действия договора (ст. 1016 ГК).

Особо примечательными представляются случаи, когда законодатель называет существенные условия договора и наряду с этим предусматривает диспозитивные правила на случай отсутствия соответствующих пунктов в тексте договора. Так, в соответствии с п. 1 ст. 339 ГК в договоре о залоге должны быть предусмотрены: предмет залога; его оценка; существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом, а также указание на то, у какой из сторон находится заложенное имущество. И в том же параграфе 3 гл. 23 ГК мы находим диспозитивные нормы, определяющие два из этих существенных условий договора залога, а именно: правило о том, что заложенное имущество остается у залогодателя, если иное не предусмотрено договором (п. 1 ст. 338); положение о том, что если иное не предусмотрено договором, залог обеспечивает требование в том объеме, какой оно имеет к моменту удовлетворения, в частности проценты, возмещение убытков, причиненных просрочкой исполнения, а также возмещение необходимых расходов залогодержателя на содержание заложенной вещи и расходов по взысканию (ст. 337).

Данный пример - лучшее подтверждение мысли о том, что нельзя определять существенные условия договора как такие условия, отсутствие которых в тексте договора влечет признание его незаключенным, а также вывода о наличии определенных существенных условий договора, т.е. таких существенных условий, которые определены диспозитивными нормами на случай их отсутствия в тексте договора.

И наконец, четвертую группу существенных условий договора составляют все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

К существенным условиям судебно-арбитражная практика относит далеко не все условия договора, которые при его заключении содержались в оферте или акцепте. Для этого требуется, чтобы в отношении соответствующего условия одной из сторон было прямо заявлено о необходимости достижения соглашения под угрозой отказа от заключения договора. На практике нередко случается так, что стороны при заключении договора не урегулировали разногласия, например, о размере договорной неустойки за неисполнение обязательств, однако затем выполняли условия договора. И только при возникновении спора в связи с применением ответственности одна из сторон заявляет о том, что договор следует считать незаключенным, так как в свое время не было достигнуто соглашения по условию договора о размере неустойки. В этом случае договор признается заключенным (но без условия о размере неустойки), имея в виду, что ни одной из сторон при заключении договора не было сделано заявление о необходимости достижения соглашения по спорному условию договора.

Отмеченные позиции относительно существенности условий договора, предлагаемых одной из сторон, могут быть дополнены и рассуждениями более формального толка, относящимися скорее к порядку заключения договора (по российскому законодательству), нежели к его существенным условиям. Возьмем ситуацию, когда в оферте или в акцепте содержатся дополнительные условия, которые не названы в законе или ином правовом акте как существенные или необходимые для данного вида договора. Отсутствие указанных условий в тексте договора в обоих случаях будет означать, что одной из сторон был дан акцепт на иных условиях. В самом деле если такое дополнительное условие содержалось в оферте, то для того, чтобы отсутствовать в договоре, оно должно быть отвергнуто акцептантом. Если же соответствующее условие содержится в акцепте (например, в протоколе разногласий), то такой акцепт на иных условиях признается новой офертой (ст. 443 ГК) и, следовательно, принимается или отвергается при ее акцепте первоначальным оферентом.

Таким образом, если сторона, направившая оферту с дополнительным условием, получив акцепт на иных условиях (без такого дополнительного условия), приступает к исполнению договора, это будет означать, что в договоре отсутствует указанное дополнительное условие и ни одна из сторон не предлагала включить это условие в договор, поскольку первоначальная оферта утратила силу и не может быть принята во внимание.

Если же дополнительное условие было предложено акцептантом (новая оферта) и первоначальный оферент, получив такой акцепт на иных условиях, приступил к исполнению договора, следует признать, что между сторонами заключен договор, включающий в себя это дополнительное условие.

В том случае, если одна из сторон заявит о необходимости достигнуть соглашения по предложенному этой стороной дополнительному условию, а затем примет акцепт на иных условиях (акцептует новую оферту), это будет означать, что она отозвала свое заявление.

Таким образом, эта группа существенных условий договора (условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение) имеет правовое значение лишь на стадии заключения договора (преддоговорных контактов сторон), каковое полностью утрачивается с момента, когда договор считается заключенным.

Под офертой понимается предложение заключить договор (ст. 435 ГК). Такое предложение должно отвечать следующим обязательным требованиям: во-первых, оно должно быть адресовано конкретному лицу (лицам); во-вторых, быть достаточно определенным; в-третьих, должно выражать намерение сделавшего его лица заключить договор с адресатом, которым будет принято предложение; в-четвертых, оно должно содержать указание на существенные условия, на которых предлагается заключить договор.

По форме оферта может быть самой различной: письмо, телеграмма, факс и т.д. Офертой может служить и разработанный стороной, предлагающей заключить договор, проект такого договора.

Направление оферты связывает лицо, ее пославшее. Связанность фактом направления оферты означает, что лицо, сделавшее предложение заключить договор, в случае безоговорочного акцепта этого предложения его адресатом автоматически становится стороной в договорном обязательстве. Такое особое состояние связанности своим собственным предложением наступает для лица, направившего оферту, с момента ее получения адресатом.

Оферте (направленной и полученной адресатом) присуще еще одно важное свойство - безотзывность.

Принцип безотзывности оферты, т.е. невозможности для лица отзывать свое предложение о заключении договора в период с момента получения адресатом и до истечения установленного срока для ее акцепта, сформулирован в виде презумпции (ст. 436 ГК). Право лица, направившего оферту, отозвать ее (отказаться от предложения) может быть предусмотрено самой офертой. Возможность отказа от сделанного предложения может также вытекать из существа самого предложения или из обстановки, в которой оно было сделано.

Вместе с тем далеко не всякое предложение вступить в договорные отношения может быть признано офертой. В некоторых случаях такого рода предложения могут считаться лишь приглашением делать оферту.

Так, рекламу и иные подобные предложения товаров, работ и услуг необходимо отличать от предложения заключить договор (оферты). Отличие состоит в том, что реклама адресована неопределенному кругу лиц и, как правило, не бывает достаточно определенной для заключения договора. Цель рекламы - показать свойства товаров, выгодно отличающие их от аналогичных. Однако она не преследует цели сообщения потенциальному контрагенту существенных условий будущего договора.

Поэтому реклама и подобные предложения товаров, работ и услуг квалифицируются лишь как приглашение лицам, ознакомившимся с информацией, содержащейся в рекламе, самим обращаться к рекламодателю с просьбой о продаже товара, выполнении работ, оказании услуг и с предложением о заключении соответствующего договора (приглашение делать оферты).

Публичной офертой признается лишь такое предложение неопределенному кругу лиц, которое включает в себя существенные условия будущего договора, а главное - в котором явно выражена воля лица, делающего предложение, заключить договор с каждым, кто к нему обратится.

В сфере розничной купли-продажи публичной офертой признается предложение товара в его рекламе, каталогах и описаниях товаров, обращенных к неопределенному кругу лиц, если оно содержит все существенные условия договора розничной купли-продажи.

Юридические последствия признания предложения публичной офертой заключаются в том, что лицо, совершившее необходимые действия в целях акцепта оферты (например, приславшее заявку на соответствующие товары), вправе требовать от лица, сделавшего такое предложение, исполнения договорных обязательств.

Акцепт, т.е. ответ лица, которому была направлена оферта, о принятии ее условий, должен быть полным и безоговорочным (ст. 438 ГК).

В качестве акцепта в соответствующих случаях признается и совершение действий по выполнению условий договора, указанных в оферте (конклюдентные действия). Для этого требуется, чтобы такие действия были совершены в срок, установленный для акцепта. Данное правило хотя и носит диспозитивный характер, но имеет важное значение для правового регулирования имущественного оборота.

Молчание не признается акцептом. Это правило также сформулировано в форме презумпции: иное допускается, если возможность акцепта оферты путем молчания вытекает из закона, обычая делового оборота или из прежних деловых отношений сторон.

Получение акцепта лицом, направившим оферту, является свидетельством того, что договор заключен. В связи с этим отзыв акцепта после его получения адресатом является по сути односторонним отказом от исполнения договорных обязательств, что по общему правилу не допускается (ст. 310 ГК).

Поэтому отзыв акцепта возможен лишь до того момента, когда договор будет считаться заключенным. В случаях, когда извещение об отзыве акцепта опережает сам акцепт (т.е. акцепт

еще не получен лицом, направившим оферту) либо поступает одновременно с ним, акцепт признается не полученным (ст. 439).

Большое значение в практике заключения договоров имеет срок для акцепта, поскольку именно своевременный акцепт может признаваться свидетельством заключения договора. Правила о сроке для акцепта сформулированы в ГК применительно к двум различным ситуациям: когда срок для акцепта указан в самой оферте и когда оферта не содержит срока для ее акцепта.

Если срок для акцепта определен в оферте, обязательным условием, при котором договор будет считаться заключенным, является получение лицом, направившим оферту, извещения о ее акцепте в срок, установленный офертой (ст. 440 ГК). Необходимо обратить внимание на то, что правовое значение придается не дате направления извещения об акцепте, а именно дате получения этого извещения адресатом. Поэтому лицо, получившее оферту и желающее заключить договор, должно позаботиться о том, чтобы извещение об акцепте было направлено заблаговременно с таким расчетом, чтобы оно поступило адресату в пределах срока, указанного в оферте.

Заключение договора на основании оферты, не определяющей срок для акцепта, производится с учетом того, что срок для него, помимо самой оферты, может быть установлен в законе или ином правовом акте. В этом случае договор будет считаться заключенным при условии, что получен лицом, направившим оферту, в пределах указанного срока (ст. 441 ГК).

Если же срок для акцепта не определен ни самой офертой, ни законом или иным правовым актом, то обязательным условием, при котором договор будет считаться заключенным, является получение извещения об акцепте его оферты в течение нормально необходимого для этого времени.

Что касается продолжительности "нормально необходимого времени", то данное обстоятельство может быть выяснено только на основании многообразной судебной практики. Очевидно лишь то, что указанное "нормально необходимое время" определяется судом, исходя из конкретных обстоятельств каждого спора.

Немедленное заявление об акцепте как условие, обязательное для признания договора заключенным, требуется лишь в ситуации, когда оферта, не содержащая срок для ее акцепта, сделана в устной форме. Речь идет только о тех договорах, в отношении которых допускается устная форма (ст. 159 ГК).

Акцепт, полученный с опозданием, по общему правилу не влечет за собой заключения договора. Договор может считаться заключенным лишь при условии получения лицом, направившим оферту, извещения о ее акцепте в срок, предусмотренный офертой, законом или иным правовым актом, а если такой срок не предусмотрен - в нормально необходимое время.

Данное положение в определенных случаях могло привести к негативным последствиям в отношении лица, получившего оферту и своевременно направившего извещение о ее акцепте, которое, однако, по вине органов связи доставлено адресату несвоевременно. Во избежание подобных ситуаций в Кодекс включены нормы, специально регламентирующие подобные случаи (ст. 422 ГК).

Своевременно направленное извещение об акцепте, которое получено адресатом с опозданием, в порядке исключения не считается опоздавшим, а следовательно, получение такого акцепта с опозданием не является препятствием для признания договора заключенным, кроме случаев, когда сторона, получившая извещение об акцепте ее оферты с опозданием, немедленно уведомит об этом сторону, направившую указанное извещение об акцепте.

Извещение об акцепте, полученное с опозданием, может быть признано надлежащим акцептом, свидетельствующим о заключении договора, даже в тех случаях, если не будет представлено доказательств, подтверждающих своевременность его направления. Однако для этого требуется, чтобы лицо, получившее извещение об акцепте его оферты с опозданием, немедленно сообщило другой стороне о принятии ее акцепта. При отсутствии такого сообщения опоздавший акцепт не порождает правовых последствий, а договор не может быть признан заключенным.

Акцепт на иных условиях, т.е. ответ о согласии заключить договор, но на условиях (всех или части), отличающихся от тех, которые содержались в оферте, не является ни полным, ни безоговорочным, а поэтому не может быть признан надлежащим акцептом, получение которого оферентом свидетельствует о заключении договора (ст. 443 ГК).

Для предпринимательских отношений наиболее типична ситуация, когда сторона, получившая проект договора (оферту), составляет протокол разногласий по одному или нескольким условиям договора и возвращает подписанный экземпляр договора вместе с протоколом разногласий. В этом случае договор не считается заключенным до урегулирования сторонами разногласий по договору.

В то же время ответ о согласии заключить договор на иных условиях рассматривается в качестве новой оферты. Это означает, что лицо, направившее такой ответ, признается им

связанным на весь период, пока в соответствии с законом или иными правовыми актами должна осуществляться процедура урегулирования разногласий.

ГК предусматривает, что определенные обязанности в связи с получением акцепта на иных условиях возлагаются и на лицо, направлявшее оферту. Согласно ст. 507 в случае, когда при заключении договора поставки между сторонами возникли разногласия по отдельным условиям договора, сторона, предложившая заключить договор и получившая от другой стороны предложение о согласовании этих условий, должна в течение 30 дней со дня получения этого предложения, если иной срок не установлен законом или не согласован сторонами, принять меры по согласованию соответствующих условий договора либо письменно уведомить другую сторону об отказе от его заключения. Невыполнение этой обязанности влечет возмещение убытков, причиненных уклонением от согласования разногласий, возникших при заключении договора.

Разногласия, возникающие при заключении договора, могут быть переданы на рассмотрение суда в двух случаях: если имеется соглашение сторон о передаче возникшего или могущего возникнуть спора на разрешение арбитражного суда либо такая передача предусмотрена законодательством (ст. 446 ГК).

Соглашение сторон о передаче разногласий, возникших при заключении договора, на разрешение суда может быть достигнуто путем обмена письмами, телеграммами. Возможен и такой вариант, когда условие о передаче разногласий на разрешение суда включается одной из сторон в проект договора, а вторая сторона в протоколе разногласий не высказывает замечаний по соответствующему условию проекта договора. Не исключена возможность принятия судом к своему производству споров, подлежащих передаче в суд по соглашению сторон, даже если отсутствует письменное соглашение, однако контрагентом стороны, обратившейся в суд, совершен ряд действий, свидетельствующих о том, что он не возражает против рассмотрения конкретного спора в суде.

Возможные ситуации, когда законодательством предусматривается рассмотрение преддоговорных споров судом, охватываются двумя видами случаев. Во-первых, когда непосредственно в законе или ином правовом акте предусмотрена процедура урегулирования разногласий по договору, включающая в себя и передачу этих разногласий на рассмотрение суда. Такие нормы содержатся, например, в транспортных уставах и кодексах и изданных в соответствии с ними правилах перевозки грузов (договоры на эксплуатацию подъездных путей, на подачу и уборку вагонов и др.). Во-вторых, когда в соответствии с законом заключение отдельных видов договоров обязательно для одной из сторон.

Правила, установленные ГК (ст. 446), согласно которым в случае, когда спор о разногласиях сторон, возникших при заключении договора, рассматривается судом или условия договора, по которым возникли разногласия, определяются в соответствии с решением суда, корреспондируют с положением о том, что гражданские права и обязанности могут возникнуть из судебного решения, установившего их (подп. 3 ч. 2 п. 1 ст. 8).

Момент заключения договора имеет важное значение, поскольку именно с ним законодатель связывает вступление договора в силу, т.е. обязательность для сторон условий заключенного договора.

Исключение составляют лишь случаи, когда соглашением сторон предусмотрено, что условия заключенного ими договора применяются и к их отношениям, возникшим до заключения договора (п. п. 1 и 2 ст. 425 ГК). Кроме того, с моментом заключения договора связаны и некоторые иные юридические последствия. В частности, именно на момент заключения договора устанавливается правоспособность и дееспособность лиц, заключивших договор; на этот момент определяется соответствие заключенного договора требованиям закона (ст. 422 ГК); в зависимости от момента заключения договора иногда решается вопрос о месте его заключения, что имеет практическое значение во внешнеторговом обороте, так как данное обстоятельство предопределяет применимое право.

В законодательстве различных стран встречаются два варианта определения момента заключения договора: система получения акцепта, которой придерживаются государства континентального права, и система отправления акцепта (mail-box theory), применяемая в англо-американском праве, а также в Японии. В первом случае договор считается заключенным в момент получения лицом, направлявшим оферту, уведомления о ее акцепте. Во втором случае акцепт считается совершенным и, следовательно, договор заключенным в момент отправления акцепта <1>.

<1> См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1984. С. 264 - 265; Халфина Р.О. Цивилизованный рынок: правила игры. М., 1993. С. 86 - 87.

По российскому законодательству для определения момента заключения договора имеет значение дата получения стороной, направившей оферту, ее акцепта.

Имеются два исключения из общего правила, согласно которому договор считается заключенным в момент получения стороной, направившей оферту, ее акцепта.

1. Случаи, когда стороны оформляют свои отношения реальным договором, т.е. когда для заключения договора требуется не только направление оферты и получение акцепта, но и передача имущества. В подобных ситуациях моментом заключения договора признается дата передачи имущества. При этом следует учитывать, что передачей имущества является не только его вручение соответствующему лицу, но также и сдача транспортной организации либо организации связи для доставки адресату. К передаче вещи приравнивается также передача коносамента или иного товарораспорядительного документа (ст. 224 ГК). Все эти обстоятельства должны приниматься во внимание при определении момента заключения договора.

2. Случаи, когда заключается договор, требующий государственной регистрации, к примеру если предметом договора является земельный участок или иное недвижимое имущество (ст. 164 ГК). Такой договор считается заключенным с момента его государственной регистрации, если иное не установлено законом. Однако, если одна из сторон уклоняется от государственной регистрации договора, суд вправе по требованию другой стороны вынести решение о регистрации (п. 3 ст. 165 ГК). В подобных ситуациях и момент заключения договора также должен определяться в соответствии с решением суда.

В тех случаях, когда акцепт выражается в форме совершения лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта, действий по выполнению указанных в ней условий договора (отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата денежной суммы), договор считается заключенным в момент совершения адресатом оферты соответствующих действий.

Применительно к отдельным видам договора ГК предусмотрены специальные правила относительно момента их заключения и вступления в силу. Например, договор розничной купли-продажи товаров считается заключенным в надлежащей форме с момента выдачи продавцом покупателю кассового или товарного чека или иного документа, подтверждающего оплату товара, а такой же договор с использованием автоматов - с момента совершения покупателем действий, необходимых для получения товара (ст. ст. 493 и 498 ГК); в случае, когда абонентом по договору энергоснабжения выступает гражданин, использующий энергию для бытового потребления, договор считается заключенным с момента первого фактического подключения абонента в установленном порядке к присоединенной сети (п. 1 ст. 540 ГК); договор страхования, если в нем не предусмотрено иное, вступает в силу в момент уплаты страховой премии или первого ее взноса (п. 1 ст. 957 ГК).

5. Расторжение и изменение договора

Одним из выражений принципа свободы договора является наделение сторон правом по собственной воле не только заключать договор, но и определять судьбу договора: по соглашению между собой решать вопросы, связанные с его расторжением или изменением отдельных договорных условий.

Вместе с тем решение проблемы устойчивости имущественного оборота предполагает обеспечение стабильности заключаемых договоров. Нельзя допускать, чтобы договор, который реально исполняется сторонами или хотя бы одной из них, в связи с чем сторонами (либо одной из них) уже понесены определенные затраты, вдруг по воле одной из сторон прекращал свое действие.

Данная проблема решается в ГК путем установления специальных правил, регулирующих изменение и расторжение гражданско-правовых договоров.

При рассмотрении вопросов, связанных с расторжением или изменением договоров, необходимо различать способы и основания расторжения или изменения договора, а также порядок и последствия расторжения и изменения договора. Основания и порядок расторжения (изменения) договора зависят от применяемого конкретного способа расторжения договора. Последствия расторжения (изменения) договора сформулированы в законодательстве в виде общих и специальных правил, которые зависят от обстоятельств, послуживших основанием для расторжения или изменения договора.

Основным способом расторжения (изменения) договора является расторжение или изменение договора по соглашению сторон (ст. 450 ГК). Однако законом или договором может быть предусмотрено иное. К примеру, если речь идет о договоре в пользу третьего лица, действует специальное правило: с момента выражения третьим лицом должнику намерения воспользоваться своим правом по договору стороны не могут расторгать или изменять заключенный ими договор без согласия третьего лица, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором (п. 2 ст. 430 ГК). При расторжении (изменении) договора по соглашению сторон основания такого соглашения имеют правовое значение лишь для определения последствий расторжения или изменения договора, но не для оценки законности соглашения сторон.

Второй способ расторжения договора состоит в том, что договор расторгается или изменяется судом по требованию одной из сторон.

ГК предусмотрены два случая, когда допускается изменение или расторжение договора по требованию одной из сторон в судебном порядке.

Во-первых, когда другой стороной нарушены условия договора и эти действия могут быть квалифицированы как существенное нарушение, т.е. нарушение, которое влечет для контрагента такой ущерб, что он в значительной степени лишается того, на что был вправе рассчитывать при заключении договора. В данном случае основанием для расторжения или изменения договора служит существенное нарушение договора.

Во-вторых, договор может быть изменен или расторгнут в судебном порядке также в иных случаях, предусмотренных ГК, другими законами или договором. К примеру, основанием для изменения или расторжения договоров присоединения по требованию присоединившейся стороны может служить включение в договор условий хотя и не противоречащих закону, но являющихся явно обременительными для присоединившейся стороны (ст. 428 ГК); бездействие подрядчика, который не приступает своевременно к исполнению договора подряда или выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным, дает право заказчику отказаться от договора (п. 2 ст. 715 ГК).

При применении второго способа расторжения или изменения договора (по требованию одной из сторон в судебном порядке) решающее значение как для оценки законности расторжения (изменения) договора, так и для определения последствий приобретает ответ на вопрос, имелись ли предусмотренные законом или договором основания для расторжения или изменения договора.

Третий способ расторжения или изменения договора заключается в том, что одна из сторон реализует свое право, предусмотренное законом или договором, на односторонний отказ от договора (от исполнения договора), что влечет расторжение или изменение договора.

Односторонний отказ от договора (от исполнения договора) возможен только в тех случаях, когда это допускается законом или соглашением сторон. Например, после истечения срока договора аренды он считается возобновленным на неопределенный срок и каждая из сторон вправе в любое время отказаться от договора, предупредив об этом другую сторону не менее чем за три месяца (ст. 621 ГК); по договору поручения доверитель вправе отменить поручение, а поверенный отказаться от него во всякое время (п. 2 ст. 977 ГК).

Порядок расторжения (изменения) договора зависит от применяемого способа расторжения или изменения договора. При расторжении (изменении) договора по соглашению сторон должны применяться порядок заключения соответствующего договора, а также требования, предъявляемые к форме такого договора, поскольку суть правила о форме соглашения об изменении и расторжении договора заключается в том, что она (форма) должна быть идентичной той, в которой заключался договор (ст. 452 ГК). Правда, законом, иным правовым актом или договором могут быть предусмотрены иные требования к форме соглашения об изменении и расторжении договора. Иное может вытекать и из обычаев делового оборота.

Обязательным условием изменения или расторжения договора в судебном порядке по требованию одной из сторон является соблюдение специальной досудебной процедуры урегулирования спора непосредственно между сторонами договора.

Существо процедуры досудебного урегулирования состоит в том, что заинтересованная сторона до обращения в суд должна направить другой стороне свое предложение изменить или расторгнуть договор. Иск в суд может быть предъявлен только при соблюдении одного из двух условий: либо получения отказа другой стороны на предложение об изменении или расторжении договора; либо неполучения ответа на соответствующее предложение в 30-дневный срок, если иной срок не предусмотрен законом, договором или не содержался в предложении изменить или расторгнуть договор.

В случае нарушения установленного досудебного порядка урегулирования спора об изменении и расторжении договора суд, получив исковое заявление стороны об изменении или расторжении договора без необходимых доказательств обращения к другой стороне с соответствующим предложением в досудебном порядке, будет обязан возвратить исковое заявление без рассмотрения.

При расторжении (изменении) договора вследствие одностороннего отказа одной из сторон от договора (от исполнения договора) требование к порядку расторжения или изменения договора в этом случае сводится к обязательному письменному уведомлению контрагента об отказе от договора (от исполнения договора). Указанное требование должно признаваться соблюденным в случае доведения соответствующего уведомления до другой стороны договора посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей установить, что документ исходит от стороны, отказавшейся от договора (от исполнения договора).

Последствия расторжения или изменения договора состоят в том, что, во-первых, соответственно прекращаются либо изменяются обязательства, возникшие из этого договора; во-

вторых, определяется судьба исполненного по договору до момента его расторжения (изменения); в-третьих, решается вопрос об ответственности стороны, допустившей существенное нарушение договора, которое послужило основанием его расторжения или изменения.

Судьба обязательства, возникшего из договора, зависит от того, имело ли место расторжение или изменение договора. В случае расторжения договора обязательства, из него возникшие, прекращаются. Если же речь идет об изменении договора, то обязательства сторон сохраняются в измененном виде (п. п. 1 и 2 ст. 453 ГК). "Сохранение обязательств в измененном виде" может означать как их изменение, так и частичное прекращение обязательств, возникших из измененного впоследствии договора.

Момент, с которого обязательства считаются измененными или прекращенными, определяется по-разному в зависимости от того, как осуществлено изменение или расторжение договора: по соглашению сторон, или по решению суда (по требованию одной из сторон), или вследствие одностороннего отказа от исполнения договора в случаях, предусмотренных законом или договором.

В первом случае возникшие из договора обязательства считаются измененными или прекращенными с момента заключения соглашения сторон об изменении или расторжении договора. В свою очередь, этот момент должен определяться по правилам, установленным в отношении момента заключения договора (ст. 433 ГК). Данное положение носит диспозитивный характер: из соглашения сторон или характера изменения договора может вытекать иное. Например, в самом соглашении сторон о расторжении договора может быть указана дата, с которой обязательства сторон признаются прекращенными. Стороны могут достичь соглашения об изменении договора поставки в отношении последующих или предыдущих периодов поставки. Очевидно, что в данном случае обязательства не могут считаться измененными с момента заключения подобного соглашения.

Во втором случае, когда изменение или расторжение договора производится по решению суда, действует императивное правило о том, что обязательства считаются измененными или прекращенными с момента вступления решения в законную силу.

И наконец, если договор был расторгнут или изменен вследствие отказа одной из сторон от договора (от исполнения договора), обязательства, возникшие из такого договора, считаются прекращенными или измененными с момента получения контрагентом уведомления об отказе от договора (от исполнения договора).

Расторжение или изменение договора может сопровождаться предъявлением одной из сторон другой стороне требования о возмещении причиненных этим убытков. Однако удовлетворение судом такого требования возможно лишь в случае, когда основанием для расторжения или изменения договора послужило существенное нарушение этой стороной (ответчиком) условий договора (ст. 450 ГК). В данном случае речь идет о возмещении убытков, причиненных именно расторжением или изменением договора. Наряду с этим контрагент стороны, допустившей нарушение договора, сохраняет за собой право требовать возмещения убытков (а в соответствующих случаях и применения иных мер ответственности), вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением договорных обязательств (ст. 393 ГК).

Совершенно особый случай представляет собой расторжение или изменение договора в связи с существенным изменением обстоятельств (ст. 451 ГК).

Существенное изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора, может служить основанием для его изменения или расторжения, если иное не предусмотрено договором или не вытекает из существа отношений. Данная презумпция представляется чрезвычайно прочной, поскольку в реальном имущественном обороте, заключая договоры, контрагенты обычно не включают в них (и вряд ли будут включать в обозримом будущем) подобное условие, которое могло бы выглядеть, к примеру, следующим образом: "Если наступит обстоятельство, которое мы сейчас не предвидим, то оно не будет являться основанием для изменения или расторжения договора".

Специфика оснований, порядка и последствий расторжения (изменения) договора в связи с существенным изменением обстоятельств настолько велика, что эти вопросы заслуживают самостоятельного рассмотрения.

6. Система гражданско-правовых договоров

Как известно, в юридической литературе неоднократно предпринимались попытки дать исчерпывающую классификацию гражданско-правовых договоров. Наиболее известной (с точки зрения выбора основания (критерия) классификации) является классификация договорных обязательств, предложенная О.А. Красавчиковым, который, исходя из такого основания, как "направленность гражданско-правового результата", разделил все договорные обязательства на четыре группы: 1) направленные на передачу имущества; 2) на выполнение работ; 3) на оказание услуг; 4) на передачу денег <1>.

<1> См.: Красавчиков О.А. Вопросы системы Особенной части ГК РСФСР. Свердловск, 1957. С. 127.

Руководствуясь тем же критерием ("направленность результата"), М.И. Брагинский дифференцирует все гражданско-правовые договоры на следующие четыре классификационные группы: 1) направленные на передачу имущества; 2) на выполнение работ; 3) на оказание услуг; 4) на учреждение различных образований <1>.

<1> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 399.

В целях рассмотрения вопроса о системе договоров, предусмотренных в ГК, к предложенным четырем можно было бы добавить пятую классификационную группу - договоры об отчуждении исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности и о предоставлении прав на их использование, появившуюся в связи с принятием части четвертой ГК, хотя правовая природа данных договоров и их место в системе гражданско-правовых договоров (в том числе с точки зрения возможности их отнесения к уже известным классификационным группам договоров) еще недостаточно исследованы.

Вместе с тем очевидно, что законодатель, определяя структуру и последовательность изложения специальных "договорных" норм в ГК, исходил отнюдь не из теоретических рассуждений о классификации договоров (во всяком случае, не только из них), а прежде всего из удобства пользования соответствующим законодательным материалом. И тем не менее расположение норм о тех или иных договорах в тексте ГК в основном соответствует (за некоторыми исключениями) их месту в определенной классификационной группе гражданско-правовых договоров.

Раздел IV части второй ГК "Отдельные виды обязательств" начинается с группы договоров о передаче имущества (гл. 30 - 36, ст. ст. 454 - 701).

Договоры купли-продажи, мены, дарения, аренды, ренты и пожизненного содержания с иждивением, найма жилого помещения, безвозмездного пользования, призванные регулировать столь различные и далекие друг от друга отношения, объединяет одно обстоятельство - их основная направленность на передачу имущества. Именно передача имущества (пусть и на самых разных условиях) составляет основной элемент предмета обязательств, возникающих из этих договоров.

Передача имущества представляет собой одну из форм распоряжения имуществом. Поэтому вторая общая черта названных договоров состоит в том, что лицо, передающее имущество, должно обладать необходимым правомочием по его распоряжению, т.е. является, как правило, собственником этого имущества либо субъектом иного ограниченного вещного права.

Лицо, принимающее имущество, становится либо его собственником (купля-продажа, мена, дарение, рента), либо законным владельцем указанного имущества (аренда, жилищный наем, ссуда). В последнем случае лицо хотя и не является собственником, но владеет имуществом по основанию, предусмотренному соответствующим договором, и получает, как и собственник, вещно-правовую защиту. Данное обстоятельство также может быть признано общей чертой договоров на передачу имущества.

Еще один объединяющий признак указанных договоров заключается в том, что все они имеют сложный предмет, включающий в себя как действия обязанных сторон, в том числе по передаче и принятию имущества (объект первого рода), так и само имущество (объект второго рода).

Отмеченные общие черты названных договоров делают возможным использование правил об одних типах договоров для регулирования отношений, возникающих из иных типов договоров, входящих в группу договоров о передаче имущества. Например, содержащиеся в ГК правила о договоре купли-продажи подлежат применению к правоотношениям, вытекающим соответственно из договора мены (п. 2 ст. 567), из договора ренты (п. 2 ст. 585), из договора аренды (п. 3 ст. 609); правила о договоре аренды - к отношениям, возникающим из договора безвозмездного пользования (п. 2 ст. 689); правила о договоре дарения - к отношениям из договора ренты (п. 2 ст. 585).

Большинство из названных договоров (за исключением договоров мены и ссуды) являются сложными договорами, охватывающими большой спектр разнообразных правоотношений, что выражается в наличии многочисленных отдельных видов указанных договоров, в отношении которых обеспечивается особая регламентация с помощью специальных правил в рамках общего регулирования соответствующих самостоятельных типов договоров.

Так, договор купли-продажи имеет семь различных видов, а именно это договоры розничной купли-продажи, поставки, поставки товаров для государственных нужд, контрактации, энергоснабжения, продажи недвижимости, продажи предприятия. Договор аренды насчитывает

пять различных видов: прокат, аренда (фрахтование на время) транспортных средств, аренда зданий и сооружений, аренда предприятий, финансовая аренда (лизинг). Имеют свои отдельные виды также договор дарения (обещание дарения, пожертвование), договор ренты (постоянная рента, пожизненная рента), договор жилищного найма (социальный наем жилого помещения).

Понимая некоторую условность выделения отдельных видов договоров, что нередко объясняется лишь удобством правового регулирования соответствующих правоотношений, все же отметим, что такой подход, ко всему прочему, во многом соответствует и практическим потребностям. Ведь в реальной жизни, юридически оформляя отношения по снабжению электроэнергией, стороны (энергоснабжающая организация и потребитель-абонент) заключают договор энергоснабжения, не задумываясь о том, что они имеют дело с отдельным видом договора купли-продажи. То же самое происходит и при заключении договоров поставки товаров, контрактации сельскохозяйственной продукции, проката, фрахтования, лизинга и др. В конечном счете то обстоятельство, что подобные договоры признаются не самостоятельными договорами, а лишь видами самостоятельных типов гражданско-правовых договоров, имеет только то значение, что в отношении указанных видов договоров допускается субсидиарное применение (при отсутствии специальных правил) общих положений, регулирующих соответствующий самостоятельный тип гражданско-правовых договоров.

Регулируя названные самостоятельные типы гражданско-правовых договоров, законодатель, естественно, не придерживается жестких классификационных требований и не преследует цели обязательно охватить все договоры, обычно включаемые при классификации гражданско-правовых договоров по такому критерию, как направленность результата, в группу гражданско-правовых договоров, направленных на передачу имущества.

В частности, рассматриваемый пласт "договорных" норм не включает правила о таких договорах (безусловно, относящихся к данной классификационной группе), как договоры займа и кредита, основным предметом которых также является передача имущества (денежных средств и вещей, определенных родовыми признаками). Учитывая значение данных договоров для имущественного оборота, их специфику, законодатель разместил нормы о данных договорах в гл. 42 ГК, непосредственно примыкающей к нормам, регламентирующим банковские сделки.

Некоторые другие договоры, которые также могли быть отнесены к названной классификационной группе, оставлены за рамками соответствующих норм в силу своего неоднозначного, пограничного положения в системе гражданско-правовых договоров.

В этом смысле наибольшие сомнения (с точки зрения места в классификации) вызывают договор доверительного управления имуществом (гл. 53 ГК) и договор коммерческой концессии (франчайзинга) (гл. 54 ГК). Безусловно, в обоих случаях передача имущества (имущественных прав) является одним из основных элементов предмета указанных договоров. Вместе с тем не меньшее значение в составе предмета соответствующих договорных обязательств имеет оказание услуг со стороны одного из контрагентов: в договоре доверительного управления имуществом это услуги доверительного управляющего по управлению имуществом в интересах учредителя управления или выгодоприобретателя; в договоре коммерческой концессии - услуги правообладателя по предоставлению пользователю возможности использовать в своей предпринимательской деятельности комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на коммерческое обозначение правообладателя, на охраняемую коммерческую информацию и другие объекты исключительных прав (товарный знак, знак обслуживания и т.д.).

Что же касается тех гражданско-правовых договоров, которые урегулированы в гл. 30 - 36 ГК, то они (за исключением, пожалуй, договора найма жилого помещения) имеют многовековую историю, исчисляемую со времен римского права, а также богатые традиции в российской дореволюционной цивилистике. Поэтому при оценке норм, регулирующих названные договоры, необходимо учитывать, что при их разработке принимались во внимание вопросы, связанные с возникновением этих договоров, их развитием, отношением к ним со стороны современных зарубежных правовых порядков. Имелись в виду и богатейшие страницы истории развития названных договоров в отечественной цивилистике (как в период до революции 1917 г., так и в советское время), где скрываются корни современных российских гражданского законодательства и гражданско-правовой доктрины.

На этой основе становятся понятнее причины появления в новом Гражданском кодексе России тех или иных правил, регулирующих соответствующие договоры.

Наряду с первой группой договоров - договорами о передаче имущества - таким же общепризнанным является выделение еще двух групп гражданско-правовых договоров: о выполнении работ и об оказании услуг.

Разграничение договоров, отнесенных к названным двум группам - о выполнении работ и об оказании услуг, в известной мере обеспечивается формированием законодателем для каждой из этих групп определенной модели. Сравнение с данной моделью позволяет установить группу, к

которой должен быть отнесен тот или иной конкретный договор, и тем самым предопределить в известных рамках его правовой режим.

Для договоров о выполнении работ (гл. 37 - 38 ГК) такую модель составляет "подряд" - договор, по которому одна из сторон (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны - заказчика определенную работу и сдать ее результат, а заказчик в свою очередь обязуется принять результат работы и оплатить его. В гл. 37 "Подряд" ГК выделяет вслед за "Общими положениями о подряде" четыре его разновидности: бытовой подряд, строительный подряд, подряд на выполнение проектных и изыскательских работ, а также государственный контракт на выполнение подрядных работ для государственных нужд. К любым из этих четырех видов договоров нормы, составляющие "Общие положения о подряде", применяются субсидиарно. Если же договор, отличающийся общими родовыми признаками подряда, вместе с тем не соответствует особенностям ни одного из указанных четырех видов договоров подряда, он становится просто "подрядом" и соответственно непосредственно регулируется нормами, включенными в "Общие положения о подряде".

В группу договоров на выполнение работ включаются и договоры, которые отпочковались от договора подряда, сохранив отдельные его существенные признаки. Речь идет о договорах, которые могли бы в указанном смысле именоваться "подрядоподобными договорами". Имеются в виду договоры на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ. К этим договорам нормы главы "Подряд" применяются субсидиарно, но - и это составляет особенность соотношения указанных договоров с договорами подряда - в строго определенных в самом законе пределах (ст. 778 ГК).

Действующий Гражданский кодекс включил аналогичную подряду родовую модель также и для договоров об оказании услуг. Такой моделью служит одноименный договор, предусмотренный гл. 39 ГК, - договор возмездного оказания услуг (ст. 779). По указанному договору исполнитель за определенную плату обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность). Таким образом, предмет такого договора составляют уже не действия и их результат, а только действия как таковые.

ГК посвятил договорам на оказание услуг более десятка отдельных глав. Каждая из них охватывает самостоятельную разновидность услуг. Что же касается специальной гл. 39 "Возмездное оказание услуг", то она рассчитана исключительно на договоры, которые в ГК не выделены. В отличие от этого поименованные в нем договоры в предмет регулирования соответствующей главы, посвященной генеральному для этой группы договору - о возмездном оказании услуг, не входят. Нормы этой главы могут применяться к ним только по аналогии.

При всем различии правового режима договоров о выполнении работ и об оказании услуг есть между ними немало общего. Это может быть объяснено уже тем, что работа, выполненная одной из сторон для ее контрагента, по своему характеру в конечном счете представляет в обычном ее понимании услугу. И точно так же любая услуга, отвечающая указанным в ГК признакам подряда, представляет собой работу. Последнее дало возможность в главе о договорах об оказании услуг сделать прямые отсылки к конкретным статьям, размещенным в соответствующих главах ГК о подряде и его отдельных видах.

Среди договоров, относимых к классификационной группе договоров об оказании услуг, особо выделяется договор перевозки (гл. 40 ГК). В отечественной гражданско-правовой доктрине, к сожалению, укоренилось понятие "транспортные договоры", под которыми на самом деле понимаются гражданско-правовые договоры, применяемые в сфере транспортной деятельности (как правило, с участием транспортных организаций). Этим понятием охватываются различные типы договорных обязательств: перевозка, транспортная экспедиция, буксировка, аренда (фрахтование на время) транспортных средств, строительного подряда (строительство железнодорожных подъездных путей) и т.п. Ядром, центральным звеном системы всех так называемых транспортных договоров принято считать договор перевозки, под которым традиционно понимается договор перевозки конкретного груза, сконструированный по модели реального договора, т.е. такой договор, по которому перевозчик обязуется доставить вверенный ему отправителем груз в пункт назначения и выдать его управомоченному на получение груза лицу (получателю), а отправитель обязуется уплатить за перевозку груза установленную плату.

Что касается остальных "транспортных договоров", то им обычно отводится вспомогательная роль, а их значение видится в обеспечении и обслуживании центрального договора перевозки груза, пассажира или багажа.

Такой подход страдает рядом недостатков. Во-первых, традиционно понимаемая категория транспортных договоров, включающая в себя различные типы договорных обязательств, не вписывается в систему гражданско-правовых договоров, а единственный объединяющий их признак - участие в указанных договорах транспортных организаций - никак не может служить критерием для выделения соответствующей классификационной группы договоров.

Во-вторых, учение о системе транспортных договоров, где центральное, господствующее место занимают договоры перевозки пассажира или конкретной партии груза, т.е. договоры,

опосредующие отношения по непосредственной их доставке из пункта отправления в пункт назначения, а все остальные договорные обязательства по отношению к этим договорам играют вспомогательную, подчиненную роль, основано лишь на обыденных представлениях о смысле деятельности транспорта (доставка пассажиров и грузов) и не имеет ничего общего с юридическим соотношением различных договоров, применяемых в сфере транспортной деятельности, в том числе опосредующих перевозки пассажиров и грузов. Например, в случаях, когда перевозка конкретной партии грузов осуществляется в рамках заключенного между грузоотправителем и перевозчиком договора об организации перевозок, по которому перевозчик обязуется в установленные сроки принимать, а грузоотправитель - предъявлять грузы в обусловленном объеме, договор перевозки указанной конкретной партии грузов уже не является центральным для взаимоотношений сторон, а скорее выглядит как рядовые действия сторон по исполнению обязательств, вытекающих из договора об организации перевозок.

Аналогичным образом выглядит операция по доставке груза из пункта отправления в пункт назначения, осуществляемая во исполнение договора транспортной экспедиции, по которому экспедитор принял на себя обязательство организовать перевозку груза по маршруту, согласованному сторонами.

В-третьих, взгляд на договор перевозки пассажира, договор перевозки конкретного груза как на основное, центральное звено некой системы транспортных договоров, значение которых сводится к обслуживанию названных договоров, зачастую затрудняет юридическую квалификацию разнообразных правоотношений, опосредующих перевозочный процесс.

Так, согласно отечественной гражданско-правовой доктрине из сферы договорного регулирования исключаются правоотношения, складывающиеся между грузоотправителем и перевозчиком по поводу подачи транспортных средств под погрузку и предъявления груза к перевозке. Отношения сторон по подаче и согласованию заявки на перевозку грузов, которые являются источником обязательств по подаче транспортных средств и предъявлению груза к перевозке, в юридической литературе нередко именуют плановыми основаниями, организационными предпосылками заключения договора перевозки (того самого, центрального) и даже "завязкой грузоперевозочного процесса". Это происходит именно потому, что для многих российских авторов собственно перевозка груза (в правовом смысле) начинается только с заключения договора перевозки, который, будучи реальным договором, не охватывает действия сторон по подаче транспортных средств и предъявлению грузов к перевозке.

На самом деле источником указанных обязанностей перевозчика и грузоотправителя является их соглашение, заключаемое путем подачи заявки на перевозку грузов и ее принятия перевозчиком, которое не может быть не чем иным, как договором, имеющим не меньшее значение, чем собственно договор перевозки конкретного груза.

Как представляется, договоры о перевозке, транспортной экспедиции, буксировке и об иных услугах в сфере транспорта должны рассматриваться в контексте общей системы гражданско-правовых договоров. В этом смысле все указанные договоры относятся к категории гражданско-правовых договоров об оказании услуг и могут быть квалифицированы с точки зрения характеристики и оценки всякого гражданско-правового договора, а не в качестве вспомогательных договоров по отношению к договору перевозки.

Анализируя нормы о договоре перевозки, содержащиеся в гл. 40 ГК, мы приходим к выводу, что само понятие "договор перевозки" носит абстрактный характер и проявляет себя в целом ряде договоров, призванных регулировать различные отношения, связанные с перевозками грузов, пассажиров и багажа. Таким образом, речь должна идти о системе договоров, опосредующих перевозки грузов, пассажиров и багажа, в которую наряду с договором перевозки конкретного груза входят и другие договоры: договор перевозки пассажира; договор фрахтования (чартер); соглашения между транспортными организациями об организации перевозок грузов, пассажиров и багажа; договор об организации перевозки грузов; договоры между транспортными организациями об организации работы по обеспечению перевозок грузов (узловые соглашения, договоры на централизованный завоз (вывоз) грузов и др.).

Все названные договоры имеют прямое отношение к перевозкам грузов, поскольку все они призваны регулировать правоотношения, складывающиеся между участниками перевозочного процесса: грузоотправителем, перевозчиком, иными транспортными организациями, грузополучателем. Указанные правоотношения по своей правовой природе являются гражданско-правовыми (обязательственными), вытекающими из соответствующих договоров.

В условиях действия Гражданского кодекса Российской Федерации, транспортных уставов и кодексов, которые в равной степени регулируют различные договоры, опосредующие отношения по перевозкам грузов, неверно говорить о реальном договоре перевозки конкретного груза как о некоем центральном (основном) договоре, к которому примыкают различные договоры и иные правовые формы, призванные обслуживать указанный договор. Напротив, все названные договоры могут рассматриваться в качестве отдельных видов гипотетического договора перевозки (в реальной жизни существуют лишь отдельные виды такого договора).

Все договоры, составляющие отдельные виды договора перевозки, могут быть подвергнуты дальнейшей гражданско-правовой классификации по различным критериям. Если использовать такой критерий, как момент, с которого договор перевозки считается заключенным, мы получим две классификационные группы договоров перевозки - соответственно реальный договор перевозки конкретного груза и все остальные виды договора перевозки, которые носят консенсуальный характер.

При использовании в качестве критерия особенностей предмета договора можно выделить: договор перевозки пассажира (его предмет - доставка пассажира и его багажа в пункт назначения); договоры перевозки грузов, включая как реальный договор перевозки конкретного груза, так и консенсуальный договор об организации перевозок (предмет указанных договоров - перевозка или организация перевозок грузов); договор фрахтования (чартер) (предмет - предоставление всей или части вместимости транспортного средства).

В зависимости от субъектного состава отношений, связанных с перевозкой, можно говорить о таких видах договора перевозки, как договор перевозки пассажира, участником которого является пассажир; договор перевозки грузов (как реальный, так и консенсуальный), который заключается перевозчиком с грузоотправителем; договор о порядке организации работы по обеспечению перевозок, заключаемый между транспортными организациями.

Каждый из видов договора перевозки, регулируемых ГК, транспортными уставами и кодексами: договор перевозки пассажиров; договор перевозки конкретного груза; договор фрахтования (чартер); договор об организации перевозок (включая договоры об эксплуатации железнодорожных подъездных путей и о подаче и уборке вагонов); соглашение транспортных организаций о порядке организации перевозок в прямом смешанном сообщении; договоры между транспортными организациями различных видов транспорта об организации работы по обеспечению перевозок грузов, - занимает свое место в системе правового регулирования правоотношений, связанных с перевозками грузов, пассажиров и багажа.

Особое внимание должно быть уделено договору транспортной экспедиции. В действующем ГК указанному договору посвящена отдельная глава - гл. 41 "Транспортная экспедиция" (ст. ст. 801 - 806). Основным признаком договора транспортной экспедиции, выделяющим его из числа всех остальных договоров, относящихся к категории договоров о возмездном оказании услуг, является особенность его предмета, состоящая в том, что все услуги, оказываемые клиентом экспедитору, подчинены единой цели - обеспечению перевозки груза.

Другим важным признаком договора транспортной экспедиции является наличие на стороне экспедитора обязанности совершать как юридические, так и фактические действия, как от своего имени, так и от имени клиента.

Одна из особенностей правового регулирования договора транспортной экспедиции заключается в том, что законодатель, определяя понятие договора транспортной экспедиции и содержание вытекающих из него обязательств, предусмотрел лишь примерный перечень услуг, предоставление которых экспедитором может быть предусмотрено договором. Единственное императивное требование, предъявляемое к этим услугам, состоит в том, что они должны быть связаны с перевозкой груза. Данное обстоятельство предопределило чрезвычайно широкую сферу применения договора транспортной экспедиции, поскольку позволяет квалифицировать в качестве указанного договора всякое соглашение, заключенное грузоотправителем или грузополучателем с экспедиторской организацией, содержащее любой набор операций и услуг, связанных с перевозкой груза.

Наиболее интересной формой транспортной экспедиции следует признать договор транспортной экспедиции, которым предусмотрены обязанности экспедитора организовать перевозку груза транспортом и по маршруту, избранными экспедитором или клиентом (п. 1 ст. 801 ГК). В этом виде договора транспортной экспедиции воплотилась мечта российских правоведов советского периода, ратовавших за полное транспортно-экспедиционное обслуживание клиентов, обеспечивающее полное освобождение последних от несвойственных им забот по доставке грузов получателям (доставка "от двери до двери").

Помимо известных, нашедших отражение в юридической литературе (в той или иной степени) договоров перевозки, транспортной экспедиции, буксировки в сфере транспортных отношений находит применение большое число иных договоров о возмездном оказании услуг, так или иначе связанных с транспортным процессом, которые не преследуют специальной цели обеспечения перевозки конкретного пассажира или конкретной партии груза.

Особенно широкое применение находят такие договоры в сфере морского права, многие из них урегулированы нормами, содержащимися в Кодексе торгового мореплавания Российской Федерации (КТМ). В частности, детальному регулированию подверглись договорные обязательства, связанные с лоцманской проводкой судов (ст. ст. 85 - 106 КТМ); договор морского агентирования и договор морского посредничества (ст. ст. 232 - 245 КТМ); договор морского страхования, объектом которого может быть всякий имущественный интерес, связанный с торговым мореплаванием (ст. ст. 246 - 283 КТМ). К числу договоров об оказании транспортных

услуг может быть отнесен также договор о спасании судов и другого имущества, предметом которого является осуществление спасательных операций, т.е. действий или деятельности, предпринимаемых для оказания помощи судну или другому имуществу, находящимся в опасности в любых судоходных или иных водах (ст. ст. 337 - 353 КТМ).

Отдельным образом в ГК регулируются договоры, так или иначе связанные с банковской деятельностью (гл. 42 - 46 ГК). Указанные договоры, являющиеся предметом правового регулирования, могут быть дифференцированы (с достаточной степенью условности) на две группы.

К первой группе (назовем ее заемно-кредитные и факторинговые обязательства) можно отнести договор займа, а также договоры, представляющие собой отдельные виды договора займа: договор банковского кредита (кредитный договор); договор товарного кредита; договор облигационного займа; договор государственного займа.

Каждый из названных договоров наряду с общими чертами договора займа (обязательство заемщика, получившего в собственность денежную сумму или какое-либо конкретное количество вещей, определяемых родовыми признаками, возратить займодавцу такую же денежную сумму или равное количество вещей) имеет свои особенности, составляющие видообразующие признаки, позволяющие выделить его в отдельный вид договора займа. Речь идет об особенностях в субъектном составе договора, его предмете или в содержании вытекающего из него обязательства, которые не носят столь существенного характера, чтобы признать указанные договоры самостоятельными гражданско-правовыми договорами, однако требуют специального регулирования. Все названные отдельные виды договора займа объединяет также то обстоятельство, что за рамками специальных правил, посвященных каждому из договоров, к правоотношениям сторон подлежат применению общие положения о договоре займа.

К обязательствам заемного типа могут быть отнесены также обязательства коммерческого кредита (ст. 823 ГК) и заемные обязательства, удостоверенные векселем (ст. 815 ГК), которые хотя и не являются отдельными видами договора займа, но выделены в ГК в целях определения порядка их правового регулирования. Обязательства коммерческого кредита обнаруживаются в иных гражданско-правовых договорах, и к ним подлежат применению нормы о договоре займа. Напротив, в случае заемного обязательства, удостоверенного векселем, несмотря на то что оно изначально вытекает из договора займа, законодатель исключил возможность его регулирования нормами о займе, поскольку соответствующие правоотношения подпадают под действие специальных правил вексельного законодательства.

Необходимо особо подчеркнуть, что кредитный договор (договор банковского кредита) также является отдельным видом договора займа. Его видообразующие признаки состоят в том, что кредитный договор строится по модели консенсуального договора и, как следствие, считается заключенным с момента подписания кредитором и заемщиком соглашения о предоставлении кредита, а не с момента передачи денежных средств заемщику, как это имеет место в договоре займа, а также в особенности субъектного состава кредитного договора: на стороне кредитора (займодавца) может выступать лишь банк или иная кредитная организация.

Дело в том, что в юридической литературе термин "кредит" в основном употребляется в широком значении, выходящем далеко за пределы сферы кредитного договора, что объясняется не только восприятием правоведами экономического смысла кредита, но и тем обстоятельством, что в советский период кредитно-расчетные отношения нередко рассматривались в качестве самостоятельного класса гражданско-правовых обязательств, отличных от заемных обязательств.

На наш взгляд, в современной гражданско-правовой доктрине вряд ли возможно воспроизводить искусственно созданный в советское время класс обязательств, который был приспособлен для регулирования определенной сферы экономических отношений в условиях административно-командной системы управления экономикой, тем более что ГК ни своей структурой, ни содержанием не дает повода для подобной классификации гражданско-правовых обязательств. Напротив, в ГК кредитные обязательства отделены от обязательств по расчетам и рассматриваются в качестве отдельного вида заемных обязательств.

Родовая принадлежность кредитного договора (договора банковского кредита) к договору займа означает не только возможность субсидиарного применения к соответствующим правоотношениям правил об этом договоре. В тех случаях, когда кредитный договор теряет свои видообразующие признаки, он должен квалифицироваться как договор займа. Например, если по договору, предусматривающему обязанность кредитора выдать заемщику определенную денежную сумму в качестве кредита и обязанность заемщика возратить указанную сумму и уплатить кредитору вознаграждение в виде процентов, на стороне кредитора выступает организация, не являющаяся банком (кредитной организацией), такой договор не может быть признан недействительным (на основании его противоречия ст. 819 ГК), а должен быть квалифицирован в качестве договора займа. Одно из последствий такой квалификации договора состоит в том, что он приобретает реальный характер и может считаться заключенным лишь с момента выдачи кредитором соответствующей суммы заемщику.

Таким образом, категориям "кредит" и "кредитные отношения" в экономическом смысле в гражданском праве в наибольшей степени соответствуют категории "заем" и "заемные обязательства". Именно договором займа охватываются все правоотношения, по которым одна сторона передает другой деньги или заменимые вещи, а другая сторона обязуется возвратить такую же денежную сумму или такое же количество вещей того же рода и качества. Столь широкая сфера применения категории "заемные обязательства" объясняется тем, что ГК снял существовавшие в советские времена запреты и ограничения в применении норм о договоре займа (запрещение кредитования организаций друг другом, неприменение правил о займе к отношениям банковского кредитования, регулируемым самостоятельным договором банковской ссуды, и т.п.). В результате категории "заем" и "заемные обязательства" действительно приобрели значение универсальных правовых категорий, охватывающих практически все правоотношения, обозначаемые экономическим понятием кредита.

Договор финансирования под уступку денежного требования (договор факторинга) объединяет с договором займа и кредитным договором то обстоятельство, что предмет указанного договора включает в себя действия финансового агента по предоставлению клиенту денежных средств. Однако договору финансирования под уступку денежного требования присущи существенные особенности, позволившие законодателю сконструировать указанный договор в качестве самостоятельного гражданско-правового договора.

Во-первых, договор финансирования под уступку денежного требования может заключаться по модели как консенсуального (в отличие от договора займа), так и реального (в отличие от кредитного договора) договора.

Во-вторых, в силу п. 2 ст. 824 ГК обязательства финансового агента по договору финансирования под уступку денежного требования могут включать ведение для клиента бухгалтерского учета, а также предоставление клиенту иных финансовых услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки. Данное обстоятельство означает, что отношения, складывающиеся между финансовым агентом и клиентом, должны обусловить особый характер, позволяющий возложить на финансового агента оказание клиенту такого рода финансовых услуг, а также неперенную готовность последнего принять на себя выполнение соответствующих обязанностей. Отмеченная особенность позволяет отличать договор финансирования под уступку денежного требования от иных (разовых) сделок по возмездной уступке денежных требований, которые должны квалифицироваться в качестве договоров купли-продажи прав требования (п. 3 ст. 454 ГК).

В-третьих, на стороне клиента по договору финансирования под уступку денежного требования (в отличие от заемщика по договорам займа или банковского кредита) изначально отсутствует обязанность по возврату финансовому агенту полученных от последнего денежных средств. Встречным обязательством клиента является именно уступка денежного требования (дебиторской задолженности) к третьему лицу (должнику), вытекающего из предоставления клиентом указанному третьему лицу товаров, выполнения им работ или оказания услуг. Даже в том случае, когда совершаемая клиентом по указанному договору уступка соответствующего денежного требования осуществляется в целях обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом, на стороне клиента не возникает обязанность по возврату финансовому агенту полученных от него денежных средств. В подобной ситуации клиент остается ответственным перед финансовым агентом за остаток долга на тот случай, если денежные средства, полученные финансовым агентом от должника, оказались меньше суммы долга клиента финансовому агенту, обеспеченной уступкой денежного требования.

Вторую группу договоров (обязательств), связанных с осуществлением банковской деятельности, составили договоры банковского вклада, банковского счета, а также банковские расчеты. Их объединяет то обстоятельство, что все они относятся к банковским сделкам, осуществляемым в сфере безналичного денежного обращения.

Договор банковского вклада (депозита) появился еще во времена римского права, когда потребность граждан хранить свои деньги в надежном месте, не опасаясь их разграбления или похищения, вызвала появление особых образований, которые создавались лицами, занимавшимися разменом денег (менялами), в рамках которых указанные лица принимали на себя солидарную ответственность, что и побуждало граждан отдавать им свои деньги на хранение. Изначально отношения между банком и его клиентами (вкладчиками) строились по модели договора поклада, когда банк оказывал возмездную услугу своим вкладчикам по хранению их денег, к которой позже добавилась услуга по осуществлению расчетов между клиентами соответствующего банка. В течение длительного исторического периода вплоть до того момента, когда банки стали привлекать денежные средства вкладчиков в целях последующего кредитования участников имущественного оборота (XVII в.), договор банковского вклада сохранял все черты договора иррегулярной поклада.

Вместе с тем как только деятельность по кредитованию участников имущественного оборота стала неотъемлемой частью банковской деятельности, правовая природа договора банковского

вклада существенным образом изменилась, а сам договор приобрел известный нам современный облик. Договор банковского вклада превратился в средство удовлетворения потребностей банков в наличных кредитных ресурсах, приобретаемых путем привлечения денежных средств вкладчиков под выплату банками процентов на вклады. Указанные проценты являлись в определенном смысле платой банков вкладчикам за предоставляемое им право распоряжения привлеченными (чужими) денежными средствами.

В отечественном законодательстве и банковской практике договором банковского вклада длительное время охватывались и те правоотношения, которые регулируются договором банковского счета (в юридической литературе того периода выделялся договор текущего счета как разновидность договора банковского вклада).

Однако система правового регулирования банковской деятельности была существенным образом перестроена в советское время в связи с проведением так называемой кредитной реформы в 1930 - 1931 гг., когда был введен запрет на коммерческое кредитование, а организациям было предписано хранить свои денежные средства в учреждениях государственного банка и осуществлять все свои расчеты только через соответствующее учреждение банка. В связи с названными преобразованиями и появился договор банковского счета как самостоятельный договор, предназначенный для регулирования отношений между организациями и обслуживающими их учреждениями госбанка. Правда, последние не столько обслуживали клиентов, сколько выполняли административные функции по осуществлению "контроля рублем" за деятельностью социалистических организаций и их финансовым состоянием. Что же касается договора банковского вклада, то сфера его действия ограничивалась лишь отношениями между кредитными учреждениями и гражданами.

Современное законодательство (гл. 44 и 45 ГК) также рассматривает договоры банковского вклада и банковского счета в качестве самостоятельных гражданско-правовых договоров (естественно, не разграничивая сферу их действия в зависимости от того, кто является клиентом банка - гражданин или юридическое лицо). В юридической литературе широко представлено понимание того обстоятельства, что допускаемая законодательством возможность применения к отношениям по договору банковского вклада правил о договоре банковского счета носит ограниченный характер - невозможность применения указанных правил (в части отношений сторон по ведению депозитного счета вкладчика) может быть предусмотрена нормами о договоре банковского вклада или вытекать из существа этого договора (п. 3 ст. 834 ГК) - и направлена исключительно на техническое обеспечение обслуживания банковских вкладов, никак не влияя на квалификацию договора банковского вклада в качестве самостоятельного договора, отличного от договора банковского счета, который в основном выполняет роль "пропуска" в систему безналичных расчетов.

В отличие от договора банковского вклада содержание обязательства банка по договору банковского счета не ограничивается выдачей средств со счета по требованию клиента, а включает в себя также обязанности банка по перечислению денежных средств со счета и проведению других операций по счету на основании распоряжений владельца счета.

В связи с этим расчетные сделки, осуществляемые банком на основе расчетных документов (платежных и инкассовых поручений, платежных требований), представляемых владельцем счета, а в случаях, предусмотренных законом или договором, - уполномоченными государственными органами или контрагентами владельца счета, не рассматриваются в качестве самостоятельных договоров или односторонних сделок (как это нередко имеет место в юридической литературе), а признаются действиями банка по исполнению своих обязательств, вытекающих непосредственно из договора банковского счета.

В целом существо механизма банковских (безналичных) расчетов, на наш взгляд, состоит в том, что права требования плательщика к обслуживающему его банку в объеме, определяемом перечисляемой денежной суммой, переходят к получателю денежных средств в виде прав требования к банку - контрагенту получателя средств по договору банковского счета. Такого рода перемещение безналичных денежных средств по банковским счетам, т.е. переход прав требования плательщика к банку с их трансформацией в требование к банку, обслуживающему получателя денежных средств (а стало быть, с непременным переводом долга), отличается от общегражданской уступки прав требования (цессии) и скорее представляет собой особый случай перехода прав кредитора к другому лицу на основании закона (ст. 387 ГК), каковым (специальным законом) и должны признаваться нормы гл. 46 ГК и соответствующие банковские правила о безналичных расчетах.

Как отмечалось ранее, самостоятельную классификационную группу гражданско-правовых договоров образуют договоры, направленные на создание коллективных образований. Указанные договоры, являясь разновидностью договоров о совместной деятельности, обладают определенной спецификой и бесспорно заслуживают быть выделенными в отдельную группу гражданско-правовых договоров. В свою очередь, договоры о создании коллективных образований в зависимости от природы создаваемого образования дифференцируются на договоры о создании

коллективных образований, не обладающих гражданской правосубъектностью (договоры простых товариществ), и договоры об образовании юридических лиц (учредительные договоры).

Включение в легальное определение договора простого товарищества (ст. 1041 ГК) указания на "совместную деятельность" нередко рассматривается в юридической литературе и судебной практике в качестве повода для отождествления договора простого товарищества с договором о совместной деятельности. Представляется, однако, что договор простого товарищества является лишь одной из разновидностей договора о совместной деятельности. Об этом, кстати, может свидетельствовать и то обстоятельство, что такими же самостоятельными, как и договор простого товарищества, являются договоры, направленные на создание образований, которые в отличие от простого товарищества имеют целью учредить юридическое лицо (учредительные договоры).

Договору простого товарищества присущи следующие характерные черты. Во-первых, совместная деятельность товарищей выражается во внесении ими вкладов в общее дело и в дальнейших совместных действиях (без образования юридического лица) для извлечения прибыли или достижения общей цели. Отсутствие прав юридического лица означает невозможность выступления простых товариществ в гражданском обороте от своего имени. Участниками гражданских правоотношений являются только сами товарищи, т.е. те, кого объединяет простое товарищество.

Во-вторых, определенной спецификой отличается формирование имущественного субстрата рассматриваемого коллективного образования на момент его учреждения, а именно безусловная обязанность каждого из товарищей вносить соответствующие вклады в составе и размере, предусмотренных ст. 1042 ГК.

В-третьих, существенная особенность договора простого товарищества обнаруживается также в специальном режиме, установленном для внесенного его участниками имущества, а также для достигнутого совместными действиями товарищей результата и прежде всего полученных плодов и доходов. Собственником объединенного таким образом имущества и соответствующего результата становится не коллективное образование как таковое (простое товарищество), а участники названного договора. Это имущество составляет их общую долевую собственность.

В-четвертых, договор простого товарищества носит организационный характер. Создаваемое товарищами коллективное образование, не будучи юридическим лицом, вместе с тем представляет собой определенную корпоративную структуру, созданную контрагентами на основе связывающего их договора и позволяющую им совместно выступать в гражданском обороте. Хотя внешняя сторона деятельности такого образования выражается в установлении юридических отношений у третьих лиц только с определенными товарищами, от имени которых заключаются гражданско-правовые сделки.

В-пятых, существенным своеобразием обладает цель договора простого товарищества. В отличие от иных договоров, в которых перед каждой из сторон стоят свои не совпадающие с целью контрагента цели, в договоре простого товарищества перед его участниками стоят две общие цели: собственно создание коллективного образования (простого товарищества) и совместное участие в гражданском обороте. Более того, в договоре простого товарищества у всех его участников общими являются не только цель, но и интерес к результату их совместной деятельности.

В-шестых, для договора простого товарищества особое значение имеет фидуциарность, лично-доверительный характер отношений, складывающихся между товарищами. Отказ кого-либо из товарищей от дальнейшего участия в бессрочном договоре простого товарищества по общему правилу служит основанием для прекращения договора простого товарищества.

В отличие от договора простого товарищества другой вид договоров, направленных на создание коллективных образований, - договор об образовании юридического лица (учредительный договор) служит необходимым основанием создания всякого юридического лица, имеющего корпоративную природу, и является (наряду с уставом) необходимым учредительным документом соответствующего юридического лица.

В юридической литературе можно встретить мнение о том, что учредительный договор представляет собой разновидность договора простого товарищества. На наш взгляд, напротив, необходимо разграничивать учредительный договор и договор простого товарищества, что, однако, не исключает отнесение того и другого к числу договоров о совместной деятельности.

В качестве характерных признаков учредительного договора, позволяющих отличать его от договора простого товарищества, можно назвать следующие особенности учредительного договора: во-первых, учредительный договор направлен на создание юридического лица; во-вторых, учредительный договор устанавливает с момента регистрации юридического лица правовую связь не только между учредителями, но и каждого из них с самим юридическим лицом; в-третьих, вклады учредителей и результат их совместных действий по созданию юридического лица становятся в конечном счете собственностью юридического лица как такового; в-четвертых, существенные условия учредительного договора охватывают период, не только предшествующий

государственной регистрации юридического лица, но и следующий за ним - выступление созданного юридического лица от своего имени в обороте.

Говоря о соотношении учредительного договора и другого учредительного документа юридического лица - устава, необходимо отметить, что учредительный договор как таковой выражает волю его учредителей, а устав - волю юридического лица. Возможность их несовпадения предопределена тем обстоятельством, что участниками юридического лица помимо учредителей, подписавших учредительный договор, могут стать и лица, которые вступают в корпорацию после ее государственной регистрации. В этом случае приоритет должен быть отдан уставу юридического лица, поскольку устав по отношению к учредительному договору представляет собой результат более позднего и более полного выражения воли всех участников юридического лица.

В части второй ГК помимо рассмотренных четырех классификационных групп гражданско-правовых договоров регулируются и такие обязательственно-правовые конструкции, как конкурс, а также игры и пари.

Непременными признаками всякого конкурса являются состязательность и публичность. Состязательность в конкурсе направлена на достижение оптимального результата с точки зрения того, кто его организует. Вместе с тем организация конкурса предполагает также соединение интересов того, кто его объявил, и того, кто заявляет о своем участии в конкурсе. Состязательность находит прямое выражение в отдельных элементах установленного для конкурса правового режима. В частности, количество участников конкурса должно быть не менее двух, конкурс с одним участником не может считаться состоявшимся, поскольку при этом нарушается принцип состязательности. Подлинная состязательность участников конкурса предполагает обеспечение равенства условий для всех лиц, участвующих в конкурсе.

Второй признак конкурса - его публичность, под которой подразумевается "обращение к публике" и гласность всех процедур проведения конкурса.

Конкурс представляет собой многоотраслевую модель и используется (с определенными особенностями) и за пределами гражданского права. Критерием отграничения гражданско-правовых конкурсов от конкурсов, регулируемых другими отраслями законодательства, прежде всего должна служить отраслевая принадлежность самого предмета отношений, которые складываются между тем, кто проводит конкурс, и его участниками. В связи с этим, в частности, необходимо вынести за рамки гражданского права конкурсы, в которых составляющие их предмет отношения строятся на началах власти и подчинения.

Конкурс является сложной, динамически развивающейся правовой конструкцией, состоящей из последовательно совершаемых организатором и участниками сделок. В соответствии с требованием публичности, предъявляемым ко всякому конкурсу, первой односторонней сделкой, совершаемой в рамках конкурса, является объявление (извещение) о конкурсе, которое должно дать тем, кто собирается принять в нем участие, достаточно полное представление о конкурсе и его условиях (п. 2 ст. 448 и п. 4 ст. 1057 ГК). Лицо, сделавшее объявление о конкурсе, в дальнейшем может отказаться от его проведения либо изменить объявленные условия конкурса только в установленном законом порядке. Объявление о конкурсе способно породить необходимые последствия для того, кто с ним выступил, только в том случае, если он в качестве ответа на сделанное предложение получит заявку, выражающую желание приглашенного лица (при закрытом конкурсе) либо любого отозвавшегося (при открытом конкурсе) стать участником конкурса.

Соответствующий юридический состав, включающий объявление о конкурсе и заявку, служит основанием возникновения обязательства лица, объявившего конкурс, рассмотреть заявки, полученные от претендентов, и решить вопрос об их допуске к участию в конкурсе. В случае положительного решения правовое положение претендента изменяется - он становится участником конкурса, при отрицательном решении претендент выбывает из конкурса. Затем наступает вторая стадия конкурса, цель которой состоит в осуществлении сравнительной оценки предложений участников конкурса для определения победителя конкурса.

При рассмотрении вопроса об отдельных видах конкурсов юридически значимым признается прежде всего деление конкурсов на те, которые составляют разновидность торгов, и те, которые таковыми не являются. В свою очередь, конкурсы первого вида - конкурсы-торги - дифференцируются на два подвида: торги при заключении договора и торги за право заключить конкретный договор.

Второй вид конкурсов - публичный конкурс (гл. 57 ГК). Его характерные признаки названы в п. 1 и 2 ст. 1057 ГК, согласно которой лицо, объявившее публично о выплате денежного вознаграждения или выдаче иной награды за лучшее выполнение работы или достижение иных результатов, должно выплатить (выдать) обусловленную награду тому, кто в соответствии с условиями проведения конкурса признан его победителем. Публичный конкурс должен быть направлен на достижение каких-либо общественно полезных целей.

К третьему виду конкурсов относятся конкурсы по отбору участников. Для них также установлен специальный правовой режим. Итогом таких конкурсов может быть определение нескольких победителей с тем, что организатору предоставляется возможность выбора из них любого для заключения с ним соответствующего договора.

Не секрет, что заключая любой договор, каждая из его сторон возлагает на себя определенный риск, связанный с возможным неисполнением вытекающего из него обязательства. Вместе с тем существует такая категория договоров, для которых распределение риска между сторонами составляет их цель. Речь идет о так называемых рисковых (алеаторных) договорах. К их числу относятся и договоры об играх и пари, специфическая черта которых состоит в том, что по указанным договорам всегда выигрывает одна сторона и проигрывает другая и это зависит от наступления или ненаступления обстоятельства, предусмотренного договором.

Таким образом, по договорам об играх и пари права одной стороны и соответствующие обязанности другой, связанные с выплатой выигрыша, предполагают для своего возникновения помимо заключенного договора и еще один юридический факт - наступление указанного в договоре обстоятельства. Однако это не означает, что договор сам по себе не порождает никаких обязательств. В результате заключения договора у его участников появляется право на участие в розыгрыше, которое само может стать объектом сделки (например, продажа лотерейного билета).

Нельзя не отметить общее негативное отношение законодателя к играм и пари, что нашло выражение в общем законоположении о том, что требования граждан и юридических лиц, связанные с организацией игр и пари или с участием в них, не подлежат судебной защите (ст. 1062 ГК). Однако, как представляется, указанная норма не должна служить препятствием для обращения в суд третьих лиц.

Кроме того, названная норма позволяет сделать вывод о том, что игра и пари все же способны породить определенные обязательства, пусть и не обеспеченные судебной защитой (натуральные обязательства), поэтому их добровольное исполнение следует полагать надлежащим, исключающим возможность обратного требования исполненного.

Вместе с тем в ГК имеется ст. 1063, цель которой состоит в создании специального правового режима для предпринимательской деятельности, выражающейся в организации игр (игорный бизнес), включающего в себя и определенные гарантии для участников (игроков) лотерей, казино и тотализаторов.

После введения в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации, завершающей кодификацию гражданского законодательства, мы должны говорить еще об одной классификационной группе гражданско-правовых договоров, а именно о договорах об отчуждении исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности и о предоставлении права использования объектов интеллектуальной собственности.

Как известно, на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий (интеллектуальная собственность) признаются интеллектуальные права, которые включают исключительное право, являющееся имущественным правом, а в случаях, предусмотренных ГК, также личные неимущественные права и иные права (право следования, право доступа и др.) (ст. 1226 ГК).

Гражданин или юридическое лицо, обладающие исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (правообладатель), может распорядиться исключительным правом любым не противоречащим закону и существу такого исключительного права способом, в том числе путем его отчуждения по договору другому лицу (договор об отчуждении исключительного права) или предоставления другому лицу права использования соответствующих результатов интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации в установленных договором пределах (лицензионный договор) (ст. 1233 ГК).

В гл. 69 "Общие положения" разд. VII "Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации" предусмотрены генеральные модели названных договоров.

В соответствии со ст. 1234 ГК по договору об отчуждении исключительного права одна сторона (правообладатель) передает или обязуется передать принадлежащее ей исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации в полном объеме другой стороне (приобретатель), а приобретатель обязуется уплатить правообладателю предусмотренное договором вознаграждение, если договором не предусмотрено иное.

Такой договор заключается в письменной форме, а в случаях, предусмотренных ГК, подлежит государственной регистрации. Несоблюдение письменной формы или требования о государственной регистрации (в соответствующих случаях) влечет недействительность договора.

Если иное не предусмотрено соглашением сторон, исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации переходит от правообладателя к приобретателю в момент заключения договора об отчуждении исключительного права, а по договору, подлежащему государственной регистрации, - в момент государственной регистрации этого договора.

Согласно ст. 1235 ГК по лицензионному договору одна сторона - обладатель исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования такого результата или такого средства в предусмотренных договором пределах, а лицензиат обязуется уплатить лицензиару обусловленное договором вознаграждение, если договором не предусмотрено иное.

Лицензионный договор заключается в письменной форме и подлежит государственной регистрации в случаях, предусмотренных ГК. Несоблюдение письменной формы или требования о государственной регистрации (в соответствующих случаях) влечет за собой недействительность лицензионного договора.

В лицензионном договоре должна быть указана территория, на которой допускается использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. В противном случае такое использование допускается на всей территории Российской Федерации.

Срок, на который заключается лицензионный договор, не может превышать срок действия исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, а при его отсутствии в договоре лицензионный договор считается заключенным на пять лет (если ГК не предусмотрено иное). Прекращение исключительного права влечет прекращение лицензионного договора.

Лицензионный договор в обязательном порядке должен содержать условия о предмете договора (путем указания на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, право использования которых предоставляется по договору), а также о способах использования соответствующего объекта интеллектуальной собственности.

Сторона вправе заключать лицензионные договоры двух видов: 1) о предоставлении лицензиату права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации с сохранением за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (простая (неисключительная) лицензия); 2) о предоставлении лицензиату права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации без сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (исключительная лицензия), - при общей презумпции простой (неисключительной) лицензии (ст. 1236 ГК).

При наличии общих моделей договора об отчуждении исключительного права и лицензионного договора ГК предусматривает особенности правового регулирования указанных договоров применительно к отдельным объектам интеллектуальной собственности. Так, в гл. 72 "Патентное право" предусмотрена возможность публичного предложения заключить договор об отчуждении патента на изобретение. Согласно ст. 1366 ГК заявитель, являющийся автором изобретения, при подаче заявки на выдачу патента на изобретение может приложить к документам заявки заявление о том, что в случае выдачи патента он обязуется заключить договор об отчуждении патента на условиях, соответствующих установившейся практике, с любым российским гражданином или российским юридическим лицом, кто первым изъявил такое желание и уведомил об этом патентообладателя и федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Наличие такого заявления освобождает автора изобретения от уплаты соответствующих патентных пошлин. Напротив, лицо, заключившее с патентообладателем на основании его заявления договор об отчуждении патента на изобретение, обязано уплатить все патентные пошлины, от уплаты которых был освобожден заявитель.

Особенность заключения лицензионного договора о предоставлении права использования изобретения, полезной модели или промышленного образца может состоять в том, что патентообладатель подает в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявление о возможности предоставления любому лицу права использования изобретения, полезной модели или промышленного образца (открытая лицензия). В этом случае размер патентной пошлины за поддержание патента в силе уменьшается наполовину, а патентообладатель принимает на себя обязанность заключить с лицом, изъявившим желание использовать соответствующее изобретение, полезную модель или промышленный образец, лицензионный договор на условии простой (неисключительной) лицензии (ст. 1368 ГК).

Главные изменения в правовом регулировании договоров об отчуждении исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности и о предоставлении прав на их использование (лицензионных договоров), связанные с принятием и введением в действие части четвертой ГК, состоят в том, что они заняли достойное место в системе гражданско-правовых договоров, регулируемых ГК. Данное обстоятельство нашло свое выражение в норме, содержащейся в п. 2 ст. 1233 ГК, согласно которой к договорам о распоряжении исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, в том числе к договорам об отчуждении исключительного права и к лицензионным договорам, применяются общие положения об обязательствах (ст. ст. 307 - 419) и о договорах (ст. ст. 420 - 453), поскольку иное не установлено правилами разд. VII ГК и не вытекает из содержания или характера исключительного права.

РАЗВИТИЕ КОДИФИКАЦИИ ЖИЛИЩНОГО ПРАВА

Не секрет, что большинство цивилистов относятся к жилищному праву несколько снисходительно. Считается, что в нем нет простора для теоретической мысли, оно наполнено цивилистическими конструкциями, которые, однако, будучи перенесенными в жилищно-правовую сферу, оказались примитивизированными, всецело подчинено жилищной политике государства и потому не имеет и не может иметь прочного теоретического основания и т.д. и т.п.

Между тем жилищное право касается каждого гражданина. Во многих жилищных отношениях участвуют юридические лица. И если, предположим, гражданин может никогда не заключать договоров аренды, комиссии, поручения и т.д., то воздействие жилищно-правовых норм он испытывает всегда. Понятно, что с точки зрения "высокой теории" суждения о трансцендентальном в праве в ряде случаев выглядят более привлекательными и более эффектными, нежели анализ правомочий пользователя жилым помещением, определение круга членов семьи нанимателя жилого помещения и т.п. Но не забываем ли мы при таком подходе о том, чему и кому должно служить право?

Думается, жилищное право заслуживает более уважительного к себе отношения.

Эффективность правового регулирования жилищных отношений (как, впрочем, и иных социальных связей) зависит от множества факторов, в том числе от степени юридической силы основополагающих документов, количества и содержания конкретных правовых норм, включенных в эти акты, намеченных ими путей дальнейшего развития соответствующей отрасли законодательства и т.д. Однако анализ этих факторов вне исторического подхода будет неполным, потому что если игнорировать сопутствующие обновлению законодательства общественно-политические процессы, научные дискуссии и пр., то останутся в тени причины того, почему плох или хорош закон, окажется затруднительным объяснение содержания конкретных его глав, статей и т.д.

В этой связи уместно вспомнить, что любое системное исследование не может быть в чистом виде функциональным, структурным или историческим. Обычно превалирует тот или иной метод исследования. Но для того, чтобы увидеть всю картину в целом, требуется сочетание названных методов.

Поэтому, характеризуя правовое регулирование жилищных отношений, прежде всего следует обратиться к истории формирования жилищного законодательства.

В дореволюционный период (до 1917 г.) обособленной системы норм, призванных регулировать отношения по поводу жилья, не существовало.

На отношения, связанные с наймом жилья, в полной мере распространялись нормы, регулирующие наем имущества <1>. Постепенное выделение из данного обязательства найма жилого помещения началось после Октябрьской революции 1917 г., когда государство регламентировало процесс перераспределения жилищного фонда от "богатых" слоев населения "бедным" <2>, право собственности на жилье в основном заменялось жилищным наймом. Как указывалось в программе, принятой в 1919 г. VIII съездом РКП(б), "советская власть экспроприировала полностью все дома капиталистических домовладельцев и передала их городским Советам; произвела массовое вселение рабочих из окраины в буржуазные дома; передала лучшие из них рабочим организациям, приняв содержание этих зданий на счет государства..." <3>. Очень быстро основная часть жилищного фонда стала государственной, государство сдавало ее гражданам по договору найма. Нормативное регулирование, соответственно, все больше стало выделять указанный договор, придавая ему больше социальных функций и, следовательно, перемещая по существу договор имущественного найма по поводу одного объекта - жилья - на границу частного и публичного права <4>.

<1> См. гл. 2 разд. 3 книги четвертой Свода законов гражданских (Законы гражданские) // Свод законов Российской империи. Т. X. Ч. 1. СПб., 1884. С. 534 - 550.

<2> СУ РСФСР. 1917. N 1. Ст. 13, 14.

<3> КПСС в резолюциях и решениях... Ч. 1. М., 1953. С. 427 - 428.

<4> ГК 1922 г. в динамике см. в сб.: Кодификация гражданского законодательства: Свод законов гражданских Российской империи, Проект Гражданского уложения Российской империи, Гражданский кодекс РСФСР 1922 года, Гражданский кодекс РСФСР 1964 года. Екатеринбург, 2003. С. 607 - 772.

Однако в Гражданском кодексе РСФСР 1922 г. нормы о договоре найма жилого помещения все еще расположены в главе "Имущественный наем". В соответствии со ст. 152 по договору имущественного найма одна сторона (наймодатель) обязывалась предоставить другой

(нанимателю) имущество за определенное вознаграждение для временного пользования. При этом в ст. 156 прямо выделялась специфика имущественного найма, если объектом договора выступали жилые помещения, а субъектами - определенные категории граждан: "В тех случаях, когда нанимателями являются... наемные рабочие и служащие, учащиеся государственных учебных заведений, состоящие на иждивении красноармейцев члены их семейств, инвалиды труда и войны, договор найма жилого помещения автоматически возобновляется на тех же условиях на неограниченный срок независимо от согласия наймодателя". Устанавливались пределы платы за нанимаемое жилое помещение (ст. 166). Кроме того, предусматривались случаи расторжения договора найма жилого помещения, если наниматель жилого помещения своим поведением делал невозможным совместное проживание либо не уплачивал квартирную плату (ст. 171).

В Инструкции о выселении граждан из занимаемых ими помещений, утвержденной 9 января 1924 г. Всероссийским Центральным Исполнительным Комитетом (далее - ВЦИК) и Советом Народных Комиссаров (далее - СНК) <1>, указывалось на то, что дела о выселении граждан рассматриваются в суде по предъявлению соответствующего иска. Наряду с общими основаниями, предусмотренными для расторжения договора имущественного найма, а также для договора найма жилого помещения, Инструкция указывала на такое основание, как "хищническое отношение к жилищу". При этом таковым признавалось действие, влекущее за собой порчу жилища, пользование помещением и общими частями дома вопреки их назначению и с нарушением установленных правил (колка дров в помещении, загрязнение канализационных труб). В некоторых случаях предусматривалось внесудебное - административное - выселение.

<1> СУ РСФСР. 1924. N 8. Ст. 45.

14 июня 1926 г. ВЦИК и СНК РСФСР было принято Постановление, название которого говорит о сути данного документа: "Об условиях и порядке административного выселения граждан из занимаемых ими помещений" <1>. Вместе с тем через два месяца был принят документ, значительно сужающий пределы вмешательства государства в жилищные права граждан. Принятием Постановления ВЦИК и СНК РСФСР "Об ограничении принудительных уплотнений и переселений в квартирах" <2> 16 августа 1926 г. по существу был закончен период "великого" передела жилищного фонда.

<1> СУ РСФСР. 1926. N 35. Ст. 282.

<2> СУ РСФСР. 1926. N 53. Ст. 419.

Советское государство проводило особую жилищную политику <1>. Соответственно, возникали многочисленные общественные отношения, регулирование которых указанными нормами было затруднено, а то и попросту невозможно. Неудивительно, что уже в 20-е годы появляется идея принятия республиканских жилищных кодексов (было разработано несколько проектов) <2>.

<1> Об этом см., напр.: Шипилов М.А. Жилищный вопрос при капитализме и социализме. М., 1964; Дмитриев Н.Г. Жилищный вопрос. Два мира - два подхода. М., 1973.

<2> См.: Иоффе О.С. Из истории цивилистической мысли // Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. С. 420.

В отдельных союзных республиках были изданы нормативные акты, имеющие предметом регулирования основную массу жилищных отношений. Так, 14 июля 1919 г. СНК Украинской ССР принял Положение об учете, реквизиции и распределении жилых и нежилых помещений в УССР. В Положении провозглашалось право каждого трудящегося в пределах УССР на обеспечение помещением для жилья, определялась система органов, ведающих учетом и распределением помещений, указывалось, что помещения, предоставляемые для жилья, должны удовлетворять потребностям граждан по своим санитарным и гигиеническим условиям, предусматривалась возможность предоставления некоторым категориям граждан дополнительной жилой площади, устанавливалось равное право всех лиц, занимающих квартиру, на пользование общими службами, закреплялась ордерная система получения помещений, предусматривалось право граждан на сохранение за ними жилого помещения в случае временного отсутствия и решались многие другие вопросы. По существу Положение можно назвать Жилищным кодексом УССР 1919 г. <1>. Впоследствии был принят Жилищный закон УССР (1 ноября 1921 г.) <2>.

<1> См. об этом: Золотарь В.А. Жилищное законодательство Украинской ССР в первые годы советской власти // Очерки истории кодификации гражданского законодательства Украинской ССР. Киев, 1959. С. 37 - 48.

<2> Там же. С. 23 и сл.

Однако такое положение существовало не везде. Так, в РСФСР жилищные отношения регулировались рядом разрозненных нормативных актов <1> и указанными нормами ГК. И конечно, многие жилищные отношения оставались неурегулированными, регулировались фрагментарно, в ряде случаев противоречиво. Так, основной формой управления муниципализированными (!) домами явилась кооперация жильцов в виде еще несовершенных жилищных товариществ, которые до 1924 г. действовали на основании циркуляров НКВД, распоряжений местных органов или без всяких правовых норм <2>.

<1> См. об этом: Аскназий С.И. Советское жилищное право. М., 1940. С. 20 - 32; Генкин Д.М., Новицкий И.Б., Рабинович Н.В. История советского гражданского права. 1917 - 1947. М., 1949. С. 157 - 158, 174 - 175, 234 - 236, 271 - 273; Новицкий И.Б. История советского гражданского права. М., 1957. С. 132 - 133, 197 - 199.

<2> См.: Чиквашвили Ш.Д. Жилищно-строительная кооперация в СССР. М., 1965. С. 4.

19 августа 1924 г. было принято Постановление ЦИК и СНК СССР "О жилищной кооперации" <1>, которым в какой-то мере определялись организация и деятельность жилищных кооперативов. При этом кооперативы подразделялись на жилищно-арендные кооперативные товарищества (ЖАКТ) и жилищно-строительные кооперативные товарищества (ЖСКТ). Среди последних выделялись кооперативы рабочие (РЖСКТ) и общегражданские (ОЖСКТ).

<1> СЗ СССР. 1924. N 5. Ст. 60.

По мере накопления нормативного материала, изучения практики его применения создались предпосылки систематизации жилищного законодательства. Актом систематизации явилось Постановление ЦИК и СНК СССР от 17 октября 1937 г. "О сохранении жилищного фонда и улучшении жилищного хозяйства в городах" <1>. Этим Постановлением достаточно обстоятельно регулировались отношения, складывающиеся по поводу пользования жилыми помещениями, по управлению жилищным фондом и пользованию им. Содержались здесь и отдельные нормы, имеющие предметом отношения по эксплуатации жилья. Часть кооперативного жилья была передана в государственный жилищный фонд, а все различные виды жилищных кооперативов были принудительно реорганизованы в жилищно-строительные кооперативы (ЖСК), по существу была установлена жесткая привязка кооперативов к государственным и партийным органам. После этого в феврале 1938 г. были ликвидированы союзы жилищно-строительных кооперативов всех уровней. Окончательное "уравнение" всех жилищных кооперативов было оформлено при утверждении 31 октября 1939 г. Примерного устава жилищно-строительного кооператива <2>. Сколько-нибудь серьезного значения жилищная кооперация не имела вплоть до конца 1950-х годов <3>.

<1> СЗ СССР. 1937. N 69. Ст. 314.

<2> СП РСФСР. 1939. N 12. Ст. 43.

<3> Не случайно в 1940 г. в первой фундаментальной работе по жилищному праву проф. С.И. Аскназий лишь упоминает жилищные кооперативные товарищества, да и то при рассмотрении истории советского жилищного права (см.: Аскназий С.И. Указ. соч. С. 24 - 25).

В результате систематизации жилищно-правовых норм и унификации правового регулирования несколько десятков общесоюзных нормативных актов были признаны утратившими силу <1>. В республиканское жилищное законодательство были внесены соответствующие изменения <2>; ряд нормативных актов был признан утратившим силу (в Украинской ССР было отменено 44 нормативных акта <3>; перечень отмененных нормативных актов в РСФСР включает в себя 78 (!) пунктов <4>).

<1> См.: Сборник жилищного законодательства. М., 1963. С. 19 - 23.

<2> См. об этом: Заикина Д.В. Развитие жилищного законодательства Украинской ССР после издания основного жилищного закона 1937 г. (1937 - 1941 гг.) // Очерки истории кодификации гражданского законодательства Украинской ССР. С. 49 - 66.

<3> См.: Там же. С. 63.

<4> См.: Сборник жилищного законодательства. С. 23 - 30.

В предвоенные годы сформировалась концепция самостоятельного жилищного права в рамках права гражданского <1>. При этом исследователи, как правило, не ограничивались рассмотрением только цивилистических проблем жилищно-правовой сферы. Одновременно в

какой-то мере изучались вопросы об управлении жилищным фондом, распределении жилых помещений и пользовании ими и т.д. Предпосылкой такой концепции явилось комплексное регулирование основной массы жилищных отношений Постановлением от 17 октября 1937 г. и принятыми в его развитие нормативными актами.

<1> См.: Аскназий С.И. Указ. соч.

В дальнейшем, в силу того что регулирование носило отраслевой характер, внимание законодателя (и ученых) оказалось сосредоточенным на вопросе о том, как урегулировать отношения по жилищному найму. Отношения и нормы иной отраслевой природы в какой-то мере стали "бесхозными" (прежде всего имеются в виду нормы административного права, которые кодифицировать "в полном объеме, а тем более в одном нормативном акте никогда не удавалось, да и вряд ли когда-либо удастся" <1>).

<1> Развитие кодификации советского законодательства. М., 1968. С. 42 - 43.

Нынешнее состояние жилищного законодательства (его положительные и отрицательные моменты) в значительной степени обусловлено решениями, которые были приняты в теперь уже далекие 50-е годы прошлого века и в ходе обновления гражданского законодательства в 1961 - 1964 гг.

Необходимость регулирования отношений по жилищному найму Основами гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. и гражданскими кодексами союзных республик не подвергалась сомнению. Вопрос состоял лишь в том, самостоятелен ли институт жилищного найма, или речь идет о разновидности договора имущественного найма <1>. Очевидно, уже в то время этот спор не имел принципиального значения с точки зрения перспектив развития законодательства, что не умаляет научной ценности спора. Практика применения гражданских кодексов убедительно продемонстрировала невозможность регулирования жилищных отношений нормами, относящимися к имущественному найму (потому, в частности, было принято Постановление от 17 октября 1937 г.). Поэтому вряд ли могла родиться мысль об отказе от установления в Основы гражданского законодательства 1961 г. обособленного комплекса жилищно-правовых норм <2>. Основы гражданского законодательства посвятили жилищному найму отдельную главу.

<1> По господствующим в то время взглядам договор найма жилого помещения является особым видом договора имущественного найма (см., напр.: Гражданское право. Т. 2. М., 1938. С. 112 - 137; Хитев В.К. Жилищные дела. М., 1939. С. 9; Гражданское право. М., 1944. С. 44 - 72; Бомаш С. Правила пользования жилой площадью. Л., 1953. С. 16; Чигир В.Ф. Советское жилищное право. Ч. I. Минск, 1960. С. 96 - 98). В то же время некоторые исследователи указывали на то, что договор жилищного найма выделился в самостоятельный институт (см., напр.: Алексеев С.С. О системе Основ гражданского законодательства СССР и республиканских гражданских кодексов // Вопросы кодификации советского законодательства. Свердловск, 1957. С. 112; Гордон М.В. Лекции по советскому гражданскому праву. Ч. 2. Харьков, 1960. С. 62 - 98; Васильев Ю.С. О договоре жилищного найма // Сов. государство и право. 1959. N 9. С. 102 - 106).

<2> Так, В.Ф. Чигир, рассматривая договор найма жилого помещения в качестве разновидности договора имущественного найма, не исключал возможности выделить его в самостоятельную главу Гражданского кодекса (см.: Чигир В.Ф. Указ. соч. С. 98).

В результате этого правовое регулирование отдельных жилищных отношений хотя и поднялось на новый уровень с точки зрения содержательной (повысилось качество регулирования), однако с точки зрения юридико-технической это было сделано не лучшим образом.

Постановление от 17 октября 1937 г. было центральным жилищно-правовым актом, определяющим дальнейшее развитие всего жилищного законодательства страны. С проведением кодификации гражданского законодательства в СССР (1961 - 1964 гг.) жилищное законодательство лишилось такого стержневого акта. Иначе и быть не могло по той простой причине, что Основы гражданского законодательства 1961 г. и ГК РСФСР 1964 г. могли регулировать лишь те жилищные отношения, которые входят в предмет гражданского права. За "бортом" остались отношения по управлению жилищным фондом, поскольку они строятся на началах власти и подчинения; пришлось оставить в силе соответствующий раздел Постановления от 17 октября 1937 г.

Регулирование других жилищных отношений, например по поводу членства в ЖСК, требовало одновременного использования довольно большого числа гражданско-правовых норм и норм иной отраслевой природы (так было принято считать в то время). Вместить их Основы

гражданского законодательства и ГК РСФСР не могли. Поэтому регулирование жилищных отношений по поводу кооперативной жилой площади практически полностью пришлось возложить на республиканские примерные (типовые) уставы жилищно-строительных кооперативов, на основе которых каждый ЖСК принимал свой устав. Нормативного акта, который стал бы вершиной законодательства о жилищно-строительных кооперативах, не было. Постановления Совета Министров СССР о расширении кооперативного жилищного строительства <1>, дав толчок развитию кооперативного строительства жилья, не могли, конечно, стать основой для формирования системы нормативных актов о ЖСК.

<1> СП СССР. 1957. N 3. Ст. 102; 1958. N 5. Ст. 47; 1962. N 12. Ст. 93; 1964. N 25. Ст. 147.

Ни Основы гражданского законодательства, ни ГК РСФСР не могли урегулировать даже в самом общем виде отношения по эксплуатации жилищного фонда и обеспечению его сохранности. Единственное, что оказалось возможным, это распространение некоторых норм института имущественного найма на жилищный наем: согласно ст. 56 Основ к отношениям по найму жилого помещения применимы правила, установленные ст. 53 Основ, где предусматривалось, что капитальный ремонт имущества проводит наймодатель, если иное не установлено законом или договором, указывалось, что наниматель должен пользоваться имуществом в соответствии с договором и назначением имущества, поддерживать его в исправном состоянии, производить за свой счет текущий ремонт, если иное не установлено законом или договором. Поэтому здесь тоже не было центрального (программного) документа и лишь периодически принимаемые по этим вопросам постановления Совета Министров СССР должны были восполнить этот пробел <1>.

<1> См., например: СП СССР. 1959. N 6. Ст. 39; 1960. N 11. Ст. 75; 1967. N 22. Ст. 156; 1969. N 2. Ст. 11; 1978. N 22. Ст. 137.

Лапидарное упоминание в ст. 50 Основ тех органов, по решению которых предоставляются жилые помещения, конечно, не могло заменить регулирования отношений по учету граждан, нуждающихся в жилье, предоставлению жилых помещений.

Регулированию жилищных отношений в Основях гражданского законодательства 1961 г. было отведено 8 статей (ст. ст. 56 - 63).

Более детальное регулирование жилищных отношений Основами гражданского законодательства, как представляется, было невозможно. Во-первых, здесь по замыслу должны были быть сформулированы именно основы законодательства. Во-вторых, речь идет об Основях гражданского законодательства, чрезвычайно объемной отрасли, и, следовательно, при всем желании законодателя в этом акте могли быть сформулированы лишь основные принципы правового регулирования.

В Гражданском кодексе РСФСР 1964 г. нормы, регулирующие жилищные отношения, были сосредоточены в ст. ст. 295 - 341. В самом общем виде здесь определялся порядок предоставления жилых помещений, характеризовался договор найма (в том числе давалось его понятие, указывались требования, которым должен соответствовать предмет договора - жилое помещение, назывались основания изменения и прекращения договора и т.д.).

Оценивая такое положение, кроме прочего, необходимо учитывать и то, что исследования жилищных отношений до начала 1960-х годов почти полностью ограничивались рассмотрением лишь договорных отношений по пользованию жильем. Проблемы управления жилищным фондом, эксплуатации и обеспечения его сохранности хотя и исследовались, но не находились в центре внимания специалистов по жилищному праву. Это тем более понятно, что жилищно-правовые вопросы изучались в основном представителями цивилистической науки и рассмотрение отношений, основанных на началах власти и подчинения, а также некоторых отношений, представлявшихся второстепенными, не отвечало их научным интересам. Даже анализ отношений по поводу кооперативной жилой площади всерьез не проводился, очевидно, в связи с отсутствием необходимости в этом - вплоть до 1960-х годов жилищная кооперация не имела сколько-нибудь широкого распространения. Лишь в 1963 г. появился капитальный труд по жилищному праву, в котором Ю.Г. Басин провел комплексное исследование как договорных жилищных правоотношений, так и отношений, возникших в связи с членством ЖСК <1>. К системному рассмотрению жилищно-правовых проблем обратились такие ученые, как Ю.К. Толстой <2>, Е.Н. Гендзехадзе <3>, Ш.Д. Чиквашвили <4>, Г.И. Петрищева <5> и др.

<1> См.: Басин Ю.Г. Вопросы советского жилищного права. Алма-Ата, 1963.

<2> См.: Толстой Ю.К. Советское жилищное право. Л., 1967; Он же. Советское жилищное законодательство. Л., 1974.

<3> См.: Гендзехадзе Е.Н. Жилищно-строительные кооперативы в городе и селе. М., 1976.

<4> См.: Чиквашили Ш.Д. Личные и имущественные правоотношения в жилищных кооперативах. М., 1973.

<5> См.: Петрищева Г.И. Правовое регулирование жилищных отношений. Свердловск, 1977.

Обычно логика развития чего-либо позволяет предполагать определенные решения. И очень часто принимаются вовсе не те решения, которые следовало ожидать. Если до обновления гражданского законодательства существовала тенденция к системному регулированию жилищных отношений (другое дело, насколько оно было качественным), то с принятием Основ гражданского законодательства 1961 г. и ГК РСФСР возобладало дифференцированное правовое регулирование различных видов жилищных отношений. Таким образом, недостатки жилищного законодательства 60 - 70-х годов (разрозненность, противоречивость, несогласованность и пр.), неоднократно подчеркивавшиеся в литературе, отчасти были обусловлены тем, что при проведении кодификации законодательства (1961 - 1964 гг.) не была найдена оптимальная форма регулирования жилищных отношений.

Впоследствии были приняты Основы жилищного законодательства Союза ССР и союзных республик (1981 г.) и жилищные кодексы союзных республик (в РСФСР - в 1983 г.). Эти акты были призваны комплексно урегулировать наиболее важные жилищные отношения и определить пути дальнейшего развития жилищного законодательства.

Теоретически основным нормативным актом, регулирующим жилищные отношения, должен был стать жилищный кодекс. Достижима ли была задача? Думается, нет.

Среди оснований для такого пессимистического вывода можно назвать, в частности, следующие обстоятельства.

Специфика всех отраслей законодательства, регулируемых Основами жилищного законодательства и республиканскими жилищными кодексами, среди прочего, состояла в том, что все нормативные акты соответствующей отрасли находились под организующим воздействием Основ жилищного законодательства. Поэтому содержание жилищного кодекса, его регулятивный потенциал в значительной степени зависели от оптимального разграничения компетенции Союза ССР и союзных республик, регулятивных и охранительных норм, сформулированных в Основах жилищного законодательства, или, иными словами, от того, насколько удовлетворительно урегулированы Основами координационная и регулятивная функции.

Поскольку речь идет только об "основах" жилищного законодательства, то неудивительно, что число регулятивных норм в этом акте сравнительно невелико (иначе и быть не могло). В Основах жилищного законодательства при упоминании каких-либо жилищных отношений очень часто формулировалась не регулятивная норма, а лишь отсылочная, причем нередко к общесоюзному законодательству. Достаточно вспомнить, что только прямых ссылок на законодательство Союза ССР в Основах жилищного законодательства было восемь. Кроме того, девять ссылок на акты Совета Министров СССР, двадцать одна ссылка на законодательство Союза ССР и союзных республик, шесть ссылок на акты Совета Министров Союза ССР и Совета Министров союзных республик... Таким образом, в ряде случаев в жилищном кодексе невозможно было конкретизировать (развить) норму абстрактного характера, перенесенную в Кодекс из Основ, поскольку регулирование соответствующих отношений было отнесено к ведению Союза ССР. Но поскольку Основы, кроме данной абстрактной нормы, иных предписаний не содержали, то оказывалось, что правовое регулирование многих жилищных отношений основополагающими жилищно-правовыми актами не осуществлялось. Например, в числе таких отношений находились все социальные связи по государственному контролю за использованием и сохранностью жилищного фонда, по обеспечению граждан дополнительной жилой площадью, по обеспечению жилой площадью в военных городках, многие отношения по оплате жилой площади и плате за коммунальные услуги и т.д.

Применительно к вопросам, отнесенным к совместной компетенции Союза ССР и союзных республик, законодатели республик обычно проявляли вполне понятную осторожность: для того чтобы обеспечить стабильность жилищного кодекса, нецелесообразно было включать в него правила, которые могут войти в противоречие с будущими нормативными актами Союза ССР.

Безусловно, принятие Основ жилищного законодательства Союза ССР и союзных республик и республиканских жилищных кодексов способствовало совершенствованию регулирования жилищных отношений. Но коренным образом изменить ситуацию эти акты не могли. Кроме отмеченного, отрицательно сказывалось введение в правовую систему норм, обоснованность которых с экономической точки зрения весьма сомнительна. Так, многочисленные льготы по обеспечению жильем в первоочередном порядке или вне очереди никак не могли быть реализованы стопроцентно - жилья не хватало. Кстати, данное обстоятельство учитывалось при разработке Жилищного кодекса РСФСР. В ч. 2 ст. 33 указывалось: "Граждане, имеющие право на первоочередное и внеочередное предоставление жилых помещений, включаются в отдельные списки". Таким образом, в этих случаях тоже была очередность, но предполагалось, что

соответствующие категории граждан получают жилье быстрее, чем лица, не имеющие прав на первоочередное или внеочередное обеспечение жильем.

Применение норм жилищного права в то время было отмечено изрядной долей лукавства. Так, порядок обеспечения жилыми помещениями в домах жилищно-строительных кооперативов мало чем отличался от порядка предоставления жилья в домах государственного жилищного фонда. Те же основания признания граждан "нуждающимися в улучшении жилищных условий", та же очередность. Занимался учетом и распределением жилья тот же исполком местного Совета народных депутатов (правда, считалось, что соответствующей деятельностью занимается так называемый объединенный жилищно-строительный кооператив <1>). Пожалуй, можно видеть лишь два отличия. Кооперативное жилье нужно было оплачивать (вносить взносы), и предоставлялось оно обычно быстрее, нежели тем гражданам, которые состояли на учете для получения государственной жилой площади.

<1> Не случайно в юридической литературе высказывались предложения о необходимости максимально уравнивать правовое положение члена ЖСК и нанимателя жилого помещения в доме государственного жилищного фонда. См., напр.: Хламов И.Т. Обсуждаем проект Основ жилищного законодательства Союза ССР и союзных республик // Сов. государство и право. 1980. N 10. С. 80.

Весьма важное значение в реформировании жилищно-правовой сферы имело допущение приватизации жилья. Верховный Совет РСФСР принял 4 июля 1991 г. Закон РСФСР "О приватизации жилищного фонда в РСФСР" <1>.

<1> Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. N 28. Ст. 959.

Одновременно в ЖК РСФСР была введена глава 1.1 "Приобретение гражданами жилых помещений в домах государственного и муниципального жилищного фонда" (Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. N 28. Ст. 963).

До того времени главными основаниями возникновения права собственности на жилые помещения были такие традиционные гражданско-правовые сделки, как купля-продажа, мена, дарение, а также наследование жилых домов (подчеркиваем, именно жилых домов с весьма существенными ограничениями, с другими жилыми помещениями подобные сделки были невозможны).

В связи с преобразованиями жилищных отношений приватизация жилья стала одним из основных способов возникновения права собственности на жилые помещения у граждан. Вместе с тем приватизация жилищного фонда - это процесс, который занимает хотя и ограниченный, но все же весьма продолжительный отрезок времени - до 1 марта 2010 г. (ч. 2 ст. 2 Федерального закона "О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации" <1>). Это следует объяснить кроме прочего и тем, что Закон РФ "О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации" предусматривает принцип добровольности, т.е. граждане вольны по своему усмотрению решать, использовать предоставленное им право или нет. Следовательно, некоторая часть граждан будет решать, приватизировать или нет занимаемое жилье, либо предпочтет пользоваться жилищем не на праве собственности, а по договору социального найма жилого помещения.

<1> СЗ РФ. 2005. N 1 (ч. 1). Ст. 15 (с изм., внесенными Федеральным законом от 30 июня 2006 г. N 93-ФЗ).

В науке долгое время не было понятия "приватизация". По утверждению Э.С. Саваса, впервые такой термин появился в юридической литературе в 1983 г. и в узком смысле означал "превратить в частную, т.е. преобразовать общественную форму правления или собственности отдельного предприятия или отрасли в частную". Раскрывая понятие "приватизация" в широком смысле, названный автор дает собственное определение. Приватизацией, по его мнению, является осуществление разнообразных мероприятий по уменьшению масштабов деятельности государства или по усилению роли частного сектора во владении фондами или в предпринимательской деятельности <1>.

<1> См.: Савас Э.С. Приватизация: ключ к рынку. М., 1992. С. 15.

В соответствии с Законом РФ "О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации" под приватизацией жилья понимается бесплатная передача в собственность граждан Российской Федерации на добровольной основе занимаемых ими жилых помещений в государственном или муниципальном жилищном фонде (ст. 1).

Приватизацию жилья можно определить как бесплатную передачу жилых помещений из государственной и муниципальной собственности в собственность граждан России, проживающих в указанных помещениях на условиях социального найма, в порядке, установленном законом.

Статистические данные показывают, что в настоящее время приватизировано более 80% жилых помещений. Однако приватизация жилья не может быть перманентной. То, что допустимо в одних исторических условиях, может быть неприемлемо в иной экономической и социально-политической обстановке. Допущение приватизации в начале 90-х годов XX в. было необходимо.

Думается, приватизация жилых помещений государственного и муниципального жилищных фондов была введена исходя из следующего. Во-первых, возобладала так называемая концепция отдачи долгов. Жилье строилось, условно говоря, за счет граждан. Почему бы его не отдать этим гражданам? Тем более что жилье предоставлялось в бессрочное пользование (ст. 10 Жилищного кодекса РСФСР), т.е. навечно. Во-вторых, велико было стремление "переложить на плечи" граждан затраты на содержание предоставленных им (навечно) помещений.

Конечно же, сказались и популистские соображения.

С точки зрения экономической приватизация жилых помещений не может быть установленной "на все времена". Это нонсенс: государство строит жилье, предоставляет его нуждающимся гражданам, а они обращают его в собственность.

Государственный и муниципальный жилищный фонд социального использования предназначен для проживания малоимущих и иных указанных в законе граждан (ст. 40 Конституции РФ, ст. 672 ГК РФ, ст. 19 ЖК РФ), но вовсе не для того, чтобы граждане, получившие государственное или муниципальное жилье, обращали его в свою собственность. В противном случае жилищный фонд социального использования будет постоянно уменьшаться и, по-видимому, темпами, опережающими темпы жилищного строительства государственного и муниципального жилищного фонда. В результате положение Конституции РФ об обеспечении жильем из государственных и муниципальных жилищных фондов малоимущих и иных указанных в законе граждан (ст. 40) не будет "работать" из-за элементарного недостатка жилья.

Поэтому ЖК РФ не содержит правил о приватизации жилья. Более того, как отмечалось, с 1 марта 2010 г. вообще устраняется возможность приватизации жилых помещений государственного и муниципального жилищного фонда социального использования <1>.

<1> О приватизации жилья подробно см.: Крашенинников П.В. Приватизация жилья. Права граждан до и после приватизации. М., 2006.

До недавнего времени (до 1 марта 2005 г.) главенствующее место среди иных актов жилищного законодательства занимал Закон РФ "Об основах федеральной жилищной политики" (1992 г.) <1>. Этот документ был политико-правовым. Он был призван определить основные направления жилищной реформы. В нем определялись лишь общие начала правового регулирования жилищных отношений <2>.

<1> Федеральным законом "О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации" названный Закон признан утратившим силу с 1 марта 2005 г.

<2> Подробную характеристику этого акта см.: Жилищные права граждан: Закон "Об основах федеральной жилищной политики": Постатейный комментарий / Общ. ред. П.В. Крашенинникова. М., 1997.

Жилищное законодательство превратилось в труднообозримый массив нормативных актов. Они приняты в разное время, различными органами, слабо согласованы друг с другом, а очень часто попросту противоречат друг другу. Да и количество таких актов (около 3000) не может не настораживать.

Положение призвано исправить принятие Жилищного кодекса РФ, который вступил в силу с 1 марта 2005 г. Этот акт заслуживает отдельного обсуждения (некоторые соображения высказываются далее). Но в первую очередь следует отметить стремление ЖК РФ "уйти" от бывшей еще совсем недавно традиционной идеологизации нормативных актов. Так, преамбула Основ жилищного законодательства Союза ССР и союзных республик начиналась словами: "В результате победы Великой Октябрьской социалистической революции...". Несколько далее указывалось: "Претворяя в жизнь ленинские идеи построения коммунистического общества... Советское государство последовательно реализует разработанную Коммунистической партией программу жилищного строительства" (аналогична по содержанию и преамбула ЖК РСФСР).

В настоящее время в нормативных актах (в том числе в Жилищном кодексе) отчетливо видно стремление избрать идеологически нейтральные определения, подчеркнуть независимость акта от партийных программ и политических убеждений "авторов" того или иного акта, отметить направленность на регулирование общественных отношений и не более того.

Сказанное, однако, отнюдь не означает, что ЖК РФ лишен идеологического основания. Оно не выпячивается, но в результате анализа содержания ЖК отчетливо видно. Ранее государство принимало на себя решение жилищной проблемы, централизованно регулировало "все и вся" в области жилищных отношений. Данные обстоятельства, имея недостатком порождение иждивенческих настроений, все же способствовали достаточно стабильному положению пользователей жилой площадью.

Развитие рыночных отношений в жилищной сфере, безусловно, ослабляет степень защищенности жилищных интересов граждан. Новейшее законодательство (в том числе жилищное) исходит из того, что прежде всего гражданин сам должен заботиться о создании для себя и своей семьи нормальных жилищных условий. Большая свобода собственника при владении, пользовании и распоряжении принадлежащим ему жилищем, повышение роли договора, демонополизация управления жилищным фондом и некоторые иные обстоятельства неизбежно влекут осложнение прав пользователей (несобственников). Кроме того, объективно необходима "ревизия" всей совокупности жилищных льгот и преимуществ, поскольку, во-первых, многие из них не обеспечены экономически или просто декларативны, а во-вторых, следует помнить, что предоставление льгот и преимуществ одной категории граждан происходит за счет других категорий.

Сказанное, конечно, не означает "уход" государства из жилищно-правовой сферы.

Статья 40 Конституции РФ провозглашает право каждого гражданина России на жилище. Основные же принципы реализации данного конституционного права российских граждан, общие начала правового регулирования жилищных отношений при становлении различных форм собственности в жилищной сфере определены в новом ЖК РФ.

Анализ конституционных норм и положений, предусмотренных федеральным законодательством, показывает, что в настоящее время право на жилище может быть реализовано различными способами, а именно:

- путем предоставления жилых помещений по договору социального найма в домах государственного и муниципального жилищного фонда. Конституция РФ предусматривает ограниченный круг граждан, имеющих такое право. К ним относятся малоимущие и иные указанные в законе граждане, нуждающиеся в жилище;

- путем передачи жилых помещений в соответствии с договором коммерческого найма. По данному договору в коммерческий наем может передаваться жилье из государственных, муниципальных и частных жилищных фондов на условиях, существенно отличающихся от договора социального найма. Круг граждан, имеющих право на заключение данного договора, не ограничен;

- путем приобретения либо строительства жилых помещений в домах различных жилищных фондов за собственные средства без ограничения площади, в том числе и за доступную плату (ч. 3 ст. 40 Конституции РФ). В первом случае граждане решают свои жилищные проблемы посредством гражданско-правовых сделок: купли-продажи, мены, дарения, а также строительства и других действий, не противоречащих законодательству. Во втором случае государственные и муниципальные органы обеспечивают приобретение гражданами жилых помещений из государственных либо муниципальных фондов за доступную плату (например, при освобождении комнаты в коммунальной квартире) или предоставляют нуждающимся в улучшении жилищных условий безвозмездные субсидии на покупку либо на строительство жилых помещений.

На основании ст. 2 ЖК РФ органы государственной власти и органы местного самоуправления в пределах своей компетенции обеспечивают создание условий для осуществления гражданами права на жилище, в том числе:

- содействуют развитию рынка недвижимости в жилищной сфере в целях создания необходимых условий для удовлетворения потребностей граждан в жилище;

- используют бюджетные и иные денежные средства для улучшения жилищных условий граждан, в том числе путем предоставления в установленном порядке субсидий для приобретения (строительства) жилых помещений;

- в установленном порядке предоставляют гражданам жилые помещения по договорам социального найма и найма жилых помещений в государственном и муниципальном жилищных фондах;

- стимулируют жилищное строительство в соответствии со спросом;

- обеспечивают защиту прав и законных интересов граждан, приобретающих жилые помещения и пользующихся ими на законных основаниях, а также потребителей коммунальных услуг и услуг, касающихся обслуживания жилищного фонда;

- обеспечивают государственный контроль за исполнением жилищного законодательства, использованием и сохранностью жилищного фонда, соответствием жилых помещений установленным санитарным и техническим правилам и нормам;

- обеспечивают государственный контроль за соблюдением требований градостроительного законодательства, государственных норм и стандартов при жилищном строительстве.

Конституция РФ (ч. 2 ст. 40) предписывает органам государственной власти и местного самоуправления поощрять жилищное строительство и создавать иные условия для осуществления права граждан на жилище.

Характеризуя нынешнее жилищное законодательство (и прежде всего ЖК РФ), в первую очередь необходимо обратиться к рассмотрению предмета правового регулирования.

Жилищное право регулирует неоднородные общественные отношения, к которым применяются различные методы правового регулирования, хотя указанные отношения и подпадают под собирательное понятие "жилищные отношения" <1>.

<1> Толстой Ю.К. Важный этап кодификации жилищного законодательства // Сов. государство и право. 1983. N 11. С. 3; Он же. Новое советское жилищное законодательство. Л., 1984. С. 7. Такую же позицию занимает Ю.К. Толстой и в настоящее время. См.: Гражданское право: Учебник. Т. 2 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2003. С. 264. Эта точка зрения получила широкое признание. См., напр.: Седугин П.И. Жилищное право: Учебник для вузов. М., 1997. С. 1 - 2.

К числу жилищных отношений относятся имущественные и неимущественные отношения, организационные, финансовые и некоторые иные социальные связи, складывающиеся по поводу жилища. Возможность собрать их воедино (объявить их входящими в предмет жилищного законодательства) обусловлена не только и не столько волей законодателя, сколько тем, что они образуют объективно существующую систему взаимосвязанных и взаимообусловленных общественных отношений. В порядке иллюстрации можно рассмотреть совокупность отношений, опосредствующих удовлетворение жилищных потребностей граждан путем использования для проживания жилых помещений государственного и муниципального жилищных фондов. Для того чтобы была удовлетворена жилищная потребность гражданина, он должен иметь возможность владеть, пользоваться и распоряжаться жилищем. Однако, как правило, отсутствуют условия для того, чтобы жилье государственного или муниципального жилищных фондов передавалось в пользование на непосредственно договорной основе (в коммерческий наем). Поэтому, естественно, возникают отношения по учету граждан, нуждающихся в жилых помещениях, предоставляемых по договорам социального найма. Далее - отношения по распределению жилых помещений. Жилые помещения - это имущество, которое нуждается в уходе, ремонте и т.п., т.е. складываются отношения по поводу содержания и ремонта жилого помещения и т.д.

Единство правового регулирования всех общественных отношений, складывающихся по поводу жилища как такового (жилищных отношений), обеспечивает координированное проведение мероприятий, направленных на удовлетворение жилищных потребностей граждан. Очевидно, именно такого рода обстоятельства имеет в виду Н.Д. Егоров, указывающий, что повышение уровня эффективности правового регулирования при комплексном подходе возможно в тех случаях, когда для комплексного регулирования есть необходимые условия в виде объективно существующих связей между разнородными отношениями определенной сферы общественной деятельности <1>.

<1> См.: Егоров Н.Д. Единство и дифференциация предмета советского гражданского права // Проблемы гражданского права. Л., 1987. С. 11.

Понятие "жилищные отношения" формулируется юристами в целях юридического характера. Учитывая необходимость применения различных методов регулирования к разным видам соответствующих социальных связей (их различную отраслевую природу), мы квалифицируем понятие "жилищные отношения" в качестве собирательного. Если же учесть интеграционную целостность жилищных отношений, позволяющую рассматривать их как систему, то, по-видимому, можно констатировать приведение юридической формы в соответствие с содержанием - существование системы жилищных отношений получило юридическое признание.

Данный вывод не следует абсолютизировать (в противном случае легко "удариться" в "правовой фатализм"), точно так же, как и игнорировать объективно существующие обстоятельства, полагая, что при формировании предмета жилищного законодательства все зависит от "воли" закона. Так, по мнению О.А. Городова, к отношениям по пользованию жилищем, которые образуют основу предмета жилищного права, "примыкает широкий спектр иных отношений, которые, образно выражаясь, образуют периферию предмета жилищного права. Включение или невключение этой периферии в предмет жилищного права зависит прежде всего ОТ СОДЕРЖАНИЯ И СМЫСЛА ДЕЙСТВУЮЩИХ НОРМ жилищного законодательства <1> (выделено нами. - Б.Г., П.К.). Думается, само содержание и смысл норм жилищного законодательства есть результат взаимодействия объективных условий и субъективных факторов. Как представляется, в рассматриваемой позиции преувеличивается роль субъективного фактора. Произвольное (без учета обстоятельств объективного характера) конструирование предмета

жилищного права не сулит успеха. Есть некие пределы "усмотрению" закона. Например, Законом РФ "Об основах федеральной жилищной политики" была предпринята попытка урегулировать некоторые земельные, налоговые, кредитные отношения и даже отношения, возникающие по поводу строительства и реконструкции жилья <2>. Но, как указывалось в первом же комментарии этого Закона, "упоминание данных социальных связей в Законе вовсе не означает, что эти отношения являются жилищными. Жилищное законодательство не сможет регулировать эти отношения как в силу специфики их структуры, содержания и некоторых иных "юридических моментов", так и вследствие невозможности объять необъятное" <3>. ЖК РФ вполне обоснованно не включает такие социальные связи в число жилищных отношений.

<1> Городов О.А. Жилищное право: Учебное пособие. М., 2001. С. 17. См. также с. 18 - 19.

<2> По мнению О.А. Городова, также являющихся жилищными. См.: Там же. С. 18.

<3> Басин Е.В., Гонгало Б.М., Крашенинников П.В. и др. Современная жилищная политика России: Комментарий к Закону "Об основах федеральной жилищной политики". М., 1993. С. 8. См. также: Жилищные права граждан: Закон "Об основах федеральной жилищной политики": Постатейный комментарий / Общ. ред. П.В. Крашенинникова. М., 1997. С. 8.

Жилищный кодекс вслед за Законом "Об основах федеральной жилищной политики" выделяет в составе жилищного фонда специализированный жилищный фонд (ст. ст. 19, 92 - 109 ЖК РФ). Одни из таких жилых помещений всегда включались в состав жилищного фонда (например, общежития и служебные жилые помещения), другие ранее (до принятия названного Закона) к жилищному фонду не относились (например, жилые помещения в домах системы социального обслуживания населения). Следует отметить, что расширение состава жилищного фонда за счет жилых помещений в домах системы социального обслуживания населения, фондов для временного поселения вынужденных переселенцев и лиц, признанных беженцами, а также жилых помещений для социальной защиты отдельных категорий граждан вряд ли повлечет хотя бы незначительные изменения в правовом регулировании отношений по поводу пользования жилой площадью в таких домах. Жилищное законодательство не сможет учесть все специфические свойства этих отношений. Поэтому регулирование соответствующих отношений будет по-прежнему осуществляться специальным законодательством. Последнее очень слабо связано с жилищным законодательством. Правовой режим жилой площади таких специализированных домов кардинально отличается от правового режима, например, муниципального жилья, используемого для передачи в социальный наем. В общественных отношениях, складывающихся по поводу таких объектов, жилищный компонент, безусловно, есть, но он как бы поглощен, является одним из условий (элементом) их функционирования и реализации <1>. Практически отмеченное расширение состава жилищного фонда декларативно. В противном случае, если будет предпринята попытка урегулировать данные отношения жилищным законодательством, оно станет труднообозримым вследствие переполнения нормами, не имеющими отношения к жилищной сфере. Не случайно ЖК РФ при определении правового режима специализированного жилищного фонда (ст. ст. 92 - 109) применительно к жилым помещениям в домах системы социального обслуживания населения, фондов для временного поселения вынужденных переселенцев и лиц, признанных беженцами, а также жилых помещений для социальной защиты отдельных категорий граждан ограничивается только отсылочными нормами (ст. ст. 96 - 98, 107 - 109). Ввести более или менее детализированные нормы в Жилищный кодекс было невозможно.

<1> Красавчиков О.А. Основы жилищного законодательства: предмет регулирования и юридическая природа // Основы жилищного законодательства. Свердловск, 1981. С. 18.

Жилищная потребность человека может быть удовлетворена либо посредством использования по потребительскому назначению жилого дома (части его), квартиры (части ее), имеющихся у него на праве собственности, либо путем пользования жилым помещением (жилым домом, частью жилого дома, квартирой, частью квартиры) без права собственности на него. Принято считать, что использование жилья собственником не создает особых жилищных отношений с третьими лицами <1>. В этой ситуации пользование жилищем признается элементом содержания отношения (правоотношения) собственности.

<1> В довоенные годы С.И. Аскназием было высказано мнение о том, что гражданин, имеющий дом на праве личной собственности, обладает самостоятельным правом на жилое помещение (по распространенной в то время терминологии - право на жилую площадь), существующее независимо от права собственности на дом (см.: Аскназий С.И. Советское жилищное право. М., 1940. С. 61). Эта точка зрения была подвергнута критике (см.: Братусь С.Н. Рецензия на книгу С.И. Аскназия "Советское жилищное право". М.: Госюриздат, 1940 // Сов.

государство и право. 1941. N 2. С. 132, 135) и не получила распространения. В 1960 г. В.Ф. Чигир среди прочих оснований возникновения жилищных правоотношений (договор жилищного найма, членство в ЖСК и т.д.) называл и право личной собственности на жилой дом (см.: Чигир В.Ф. Советское жилищное право. Ч. 1. Минск, 1960. С. 13 - 14), но в одной из работ, изданных позднее, отмечает: "Гражданин пользуется жилой площадью в доме, принадлежащем ему на праве личной собственности, осуществляя правомочия владения, пользования и распоряжения. Никаких иных правоотношений по этому поводу не возникает" (Чигир В.Ф. Советское жилищное право. Минск, 1968. С. 20 - 21).

В то же время нельзя не видеть, что собственник жилья, пользуясь своим имуществом (жилым помещением), вступает в отношения, в которых на первом плане оказывается жилищный компонент. Таковы, в частности, отношения с соседями - недопустимо нарушение прав и интересов соседей; места общего пользования и некоторые подсобные помещения используются совместно с соседями и т.п. Специфика объекта (жилое помещение) предопределяет и специфику пользования - по целевому назначению, не допуская разрушения и порчи, соблюдая санитарно-гигиенические требования, строительные нормы и правила, противопожарные правила и т.д. <1>. Для того чтобы использовать принадлежащее ему помещение именно как жилое, собственнику, как правило, приходится вступать в так называемые жилищно-коммунальные отношения и т.д.

<1> См.: Крашенинников П.В. Право собственности и иные вещные права на жилые помещения. М., 2000. С. 9 - 21.

Таким образом, использование жилья собственником для проживания есть элемент содержания отношения собственности, который, однако, во-первых, "окрашен в жилищные тона", а во-вторых, в некоторых складывающихся при этом отношениях жилищный компонент оказывается на первом плане. Или, иначе, использование жилья собственником порождает в том числе жилищные отношения. С учетом изложенного представляется оправданным, что среди жилищных отношений в ЖК РФ названы и отношения, складывающиеся по поводу пользования жилыми помещениями частного жилищного фонда (ст. 4). Эти отношения являются гражданско-правовыми.

К гражданско-правовым относятся также отношения по поводу осуществления, изменения, прекращения права владения, пользования, распоряжения жилыми помещениями государственного и муниципального жилищных фондов, отношения по поводу пользования общим имуществом собственников помещений, отношения по поводу создания и деятельности жилищных и жилищно-строительных кооперативов, товариществ собственников жилья, прав и обязанностей их членов, социальные связи, складывающиеся по поводу предоставления коммунальных услуг, а также внесения платы за жилое помещение и коммунальные услуги.

Публично-правовыми отношениями являются социальные связи по поводу отнесения помещений к числу жилых помещений и исключения помещений из жилищного фонда, контроля за использованием и сохранностью жилищного фонда, соответствия жилых помещений установленным санитарным и техническим правилам и нормам, иным требованиям законодательства.

Следует обратить внимание на то, что некоторые социальные связи, обозначенные в ЖК РФ как вид жилищных отношений (ст. 4), на самом деле неоднородны. Так, к числу жилищных отношений отнесены отношения по поводу возникновения прав на жилые помещения государственного и муниципального жилищных фондов. Некоторые из таких отношений являются гражданско-правовыми, например при возникновении прав на жилье указанных жилищных фондов на основании договоров коммерческого найма. Но большинство таких социальных связей регулируются публично-правовыми нормами. Это отношения по поводу учета граждан, нуждающихся в жилых помещениях, предоставления жилых помещений. Правда, на основании решения о предоставлении заключается договор социального найма, а это уже гражданско-правовые отношения.

Отношения по поводу содержания и ремонта также неоднородны. Некоторые из этих социальных связей являются имущественными, другие - организационными, точно так же, как и отношения по поводу управления многоквартирными домами.

Основы жилищного законодательства Союза ССР и союзных республик и жилищные кодексы, по мнению одних авторов, являлись гражданско-правовыми актами <1>. Другие ученые полагали, что их следует считать комплексными, но при этом подчеркивали "неразрывную связь гражданского и жилищного законодательства" <2>.

<1> См., напр.: Красавчиков О.А. Основы жилищного законодательства: предмет регулирования и юридическая природа. С. 24.

<2> Комментарий к Жилищному кодексу Казахской ССР / Под ред. Ю.Г. Басина. Алма-Ата, 1987. С. 16. Аналогичного мнения придерживались и многие другие исследователи. См., например:

Яковлев В.Ф. Основы жилищного законодательства Союза ССР и союзных республик и режим правового регулирования жилищных отношений // Основы советского жилищного законодательства. Свердловск, 1981. С. 36 - 45.

В настоящее время большинство исследователей считают жилищное право комплексной отраслью. Так, С.М. Корнеев высказывает мнение, что "наиболее правильно... считать жилищное право комплексной отраслью права, которая базируется на комплексной отрасли законодательства" <1>. Жилищное законодательство носит комплексный характер. Значительная часть норм, содержащихся в актах жилищного законодательства, является гражданско-правовыми.

<1> Корнеев С.М. Основные тенденции развития жилищного права в условиях рыночной экономики // Гражданское право при переходе к рынку. Памяти профессора В.П. Грибанова. М., 1995. С. 149.

Таким образом, жилищное право сформировалось в рамках права гражданского. Впоследствии, вобрав в себя большое число норм различной отраслевой природы, ставшее комплексной отраслью права, тем не менее жилищное право тяготеет к праву гражданскому. И дело не только в том, что в нем (жилищном праве) преобладают гражданско-правовые нормы. Суть прежде всего в том, что большинство жилищных отношений, причем занимающих главенствующее место среди социальных связей, опосредствующих удовлетворение жилищных потребностей, отвечает всем признакам отношений, входящих в предмет гражданского права. Соответственно, регламентация этих отношений осуществляется с использованием гражданско-правового метода регулирования. Поэтому можно констатировать существование объективных причин преобладающего влияния гражданского законодательства на жилищное законодательство. Вероятно, существуют также обстоятельства субъективного характера. Так, не может не сказаться на развитии и состоянии жилищного законодательства тот факт, что исследованием жилищно-правовых проблем занимаются цивилисты. И естественно, что именно гражданско-правовые идеи, конструкции и пр. торжествуют в доктрине и практике регулирования жилищных отношений.

Вопрос о правовой природе различных видов жилищных отношений и правовых нормах, регулирующих такие отношения, лишь на первый взгляд носит "чисто" теоретический характер. На самом деле он нуждается в глубочайшей проработке, прежде всего исходя из сугубо практических соображений. Как известно, гражданское законодательство относится к исключительному ведению Российской Федерации, а жилищное законодательство находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации (ст. 71, 72 Конституции РФ). Следовательно, субъекты Российской Федерации не могут вводить гражданско-правовые нормы, даже если они конструируются в целях регулирования отношений, складывающихся в жилищно-правовой сфере.

Жилищное законодательство <1> представляет собой систему нормативных актов. Кроме прочего, системность обеспечивается единством принципов правового регулирования жилищных отношений, которые закреплены в ст. 1 ЖК РФ.

<1> Любопытно, что понятие "жилищное законодательство" охватывает собой гораздо большее число источников, нежели понятие "гражданское законодательство". Если последнее состоит из Гражданского кодекса РФ и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов (п. 2 ст. 3 ГК РФ), то жилищное законодательство образуют ЖК РФ, иные федеральные законы, а также принятые в соответствии с ними указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти, законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации, нормативные правовые акты органов местного самоуправления (ч. 2 ст. 5 ЖК РФ).

Основные начала жилищного законодательства, или, что то же самое, принципы жилищного права, представляют собой определенные руководящие идеи, в соответствии с которыми осуществляется правовое регулирование жилищных отношений. Как представляется, указанием принципов жилищного права обозначены цели жилищной политики Российского государства. Поэтому форма изложения основных начал жилищного законодательства достаточно абстрактна (иной она и быть не может). К сожалению, такого рода нормы обычно остаются незамеченными теми, кто применяет закон. Между тем идеи, в них содержащиеся, находятся в основании всех прочих жилищно-правовых норм (далее об этом несколько подробнее). Основные начала необходимо учитывать при применении жилищного законодательства по аналогии (ст. 7 ЖК). Они должны приниматься во внимание также при применении к регулированию жилищных отношений иного законодательства (ст. 8 ЖК). Их следует учитывать при толковании регулятивных и охранительных норм жилищного законодательства и т.д.

Не будет преувеличением сказать, что указанием основных начал жилищного законодательства сформулированы идеи, на которых базируется все российское жилищное законодательство.

Своим появлением в первой (!) статье Жилищного кодекса основные начала жилищного законодательства обязаны Гражданскому кодексу РФ. Этот фундаментальный закон, принятый в 1994 г., также начинается с изложения основных начал (гражданского законодательства). Но дело не только (и не столько) в идее начать Кодекс с изложения принципов правового регулирования соответствующих общественных отношений. Как следует из ранее сказанного, влияние цивилистических категорий, конструкций на формирование жилищного законодательства трудно переоценить.

В ст. 1 ЖК РФ названы следующие основные начала жилищного законодательства:

- 1) необходимость обеспечения органами государственной власти и органами местного самоуправления условий для осуществления гражданами права на жилище;
- 2) необходимость обеспечения безопасности жилища;
- 3) неприкосновенность жилища;
- 4) недопустимость произвольного лишения жилища;
- 5) необходимость беспрепятственного осуществления жилищных прав;
- 6) признание равенства участников жилищных отношений, складывающихся по поводу владения, пользования и распоряжения жилыми помещениями, если иное не предусмотрено федеральным законом и не вытекает из существа жилищных отношений;
- 7) необходимость обеспечения восстановления нарушенных жилищных прав;
- 8) необходимость судебной защиты жилищных прав;
- 9) необходимость обеспечения сохранности жилищного фонда;
- 10) необходимость использования жилых помещений по назначению.

Первой среди основных начал жилищного законодательства названа необходимость обеспечения органами государственной власти и органами местного самоуправления условий для осуществления гражданами права на жилище.

В ст. 7 Конституции РФ предусмотрено, что Россия является социальным государством, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека. В силу ч. 2 ст. 40 Конституции РФ органы государственной власти и органы местного самоуправления поощряют жилищное строительство, создают условия для осуществления права на жилище. Таким образом, указанное основное начало жилищного законодательства есть конституционное положение.

В ст. 2 Жилищного кодекса указывается, каким образом органы государственной власти и органы местного самоуправления должны обеспечивать условия для осуществления гражданами права на жилище. Как отмечалось, они должны содействовать развитию рынка недвижимости в жилищной сфере, использовать бюджетные и иные не запрещенные законом источники денежных средств для улучшения жилищных условий граждан, стимулировать жилищное строительство и т.д. Компетенция органов государственной власти и органов местного самоуправления определяется ст. ст. 12 - 14 ЖК РФ. Так, к компетенции органов государственной власти Российской Федерации относится определение порядка государственного учета жилищных фондов, установление требований к жилым помещениям, их содержанию, содержанию общего имущества собственников помещений в многоквартирных домах, определение оснований признания малоимущих граждан нуждающимися в жилых помещениях, предоставляемых по договорам социального найма, и т.д.

Жилищное законодательство исходит из необходимости обеспечить безопасность жилища. Доступными праву средствами оно должно способствовать тому, чтобы жилье находилось в состоянии, не угрожающем жизни и здоровью граждан. Если жилое помещение оказалось в таком состоянии, что проживать в нем небезопасно, то оно не должно использоваться в качестве жилья и т.д. Органы государственной власти и органы местного самоуправления обеспечивают контроль за соответствием жилых помещений установленным санитарным и техническим правилам и нормам (п. 6 ст. 2 ЖК), за соблюдением установленных требований при жилищном строительстве (п. 7 ст. 2). Жилищное законодательство признает жилым помещением только помещение, которое отвечает установленным санитарным и техническим правилам и нормам (ст. 15), законом запрещено размещение в жилых помещениях промышленных производств (ч. 3 ст. 17 ЖК, п. 3 ст. 288 ГК РФ), законодательством предписывается, что при пользовании жилыми помещениями должны соблюдаться требования пожарной безопасности, санитарно-гигиенические, экологические и иные установленные требования (ч. 4 ст. 17), закон предусматривает, что граждане выселяются из жилых помещений с предоставлением других благоустроенных жилых помещений по договорам социального найма в случае, если жилое помещение признано непригодным для проживания (ст. 85), и т.д. и т.п.

Каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни (ст. 23 Конституции РФ). Жилище неприкосновенно. Никто не вправе проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц

иначе как в случаях, установленных федеральным законом, или на основании судебного решения (ст. 25 Конституции РФ). Данное конституционное положение, будучи воспроизведенным в ЖК РФ (ст. ст. 1, 3), среди прочих жилищно-правовых норм выглядит несколько оригинально. Подавляющее число норм ЖК призвано регулировать имущественные отношения. В данном случае речь идет о правилах, регламентирующих личные неимущественные отношения.

Если в большинстве норм жилищного законодательства формулируются достаточно конкретные указания на те или иные права и обязанности граждан, юридических лиц и других участников жилищных отношений, то в данном случае представляет известную сложность даже установление управомоченного лица (обладателя права на неприкосновенность жилища) <1>.

<1> К сожалению, права Л.О. Красавчикова, констатирующая, что субъективное личное неимущественное право на неприкосновенность жилища "в науке гражданского права своего специального рассмотрения еще не нашло" (Красавчикова Л.О. Жилищное право и личные неимущественные права граждан // Актуальные проблемы жилищного права: Сб. памяти П.И. Седугина. М., 2003. С. 55). К счастью, этот пробел в значительной степени восполняется названной работой Л.О. Красавчиковой (см. там же. С. 50 - 62).

При воспроизведении в ЖК рассматриваемого конституционного правила осуществлена его модификация. Так, присутствуют некоторые стилистические изменения, не имеющие существенного значения. Например, в Конституции РФ говорится о недопустимости проникать в жилище "против воли" проживающих в нем лиц, а в ст. 3 ЖК, конкретизирующей положение ст. 1 о неприкосновенности жилища, указывается, что никто не вправе проникать в жилище "без согласия" проживающих в нем лиц.

В ст. 3 ЖК осуществляется конкретизация норм Конституции РФ и ст. 1 ЖК о неприкосновенности жилища.

В Конституции РФ говорится о недопустимости проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц. В ЖК речь идет о недопустимости проникновения в жилище без согласия проживающих в нем на законных основаниях граждан. Таким образом, в силу Жилищного кодекса субъективное личное неимущественное право на неприкосновенность жилища принадлежит только тем гражданам, которые занимают жилье на законных основаниях (по договору найма или поднайма, как собственники или члены семьи собственника и т.п.): "Право на неприкосновенность жилища возникает независимо от того, на каких законных основаниях лицо проживает в данном жилище" <1>.

<1> Красавчикова Л.О. Указ. соч. С. 56.

В Конституции РФ предусматривается возможность проникновения в жилище против воли проживающих в нем лиц в случаях, установленных федеральным законом. В Жилищном кодексе, во-первых, установлено, что отступление от принципа неприкосновенности жилища допустимо в случаях и в порядке, предусмотренных федеральным законом. Во-вторых, определено, что проникновение в жилище без согласия проживающих в нем на законных основаниях граждан допускается только в случаях и в порядке, которые предусмотрены федеральным законом, только в целях спасения жизни граждан и (или) их имущества, обеспечения их личной безопасности или общественной безопасности при аварийных ситуациях, стихийных бедствиях, катастрофах, массовых беспорядках либо иных обстоятельствах чрезвычайного характера, а также в целях задержания лиц, подозреваемых в совершении преступлений, пресечения совершаемых преступлений или установления обстоятельств совершенного преступления либо произошедшего несчастного случая (ч. 3 ст. 3 ЖК).

По мнению Л.О. Красавчиковой, право на неприкосновенность жилища имеет свое особое содержание, которое обладает внутренней и внешней стороной. Внешняя сторона содержания данного права "выполняет охранительную функцию, юридически обеспечивая ограждение гражданина от вторжения в жилище (а тем самым и в частную жизнь) со стороны третьих лиц" <1>. Что касается внутренней стороны содержания права на неприкосновенность жилища, то, как полагает Л.О. Красавчикова, она "определяет меру свободы гражданина поступать в жилище по своему усмотрению... Гражданин (или его семья) сам определяет распорядок дня, время приема и состав гостей и т.д. Эта сторона содержания данного права юридически выражает свободу положительных действий самим управомоченным лицом. Закон не устанавливает, как и какие действия лицо будет совершать в своем жилище; закон лишь обеспечивает свободу тех действий, которые посчитает необходимым совершить управомоченное лицо" <2>.

<1> Красавчикова Л.О. Указ. соч. С. 59.

<2> Там же.

Нет оснований оспаривать справедливость утверждений о том, что закон позволяет вести себя в своем жилище по своему усмотрению (естественно, в пределах, очерченных законом, и с учетом ограничений, установленных законом и (или) договором). Но вряд ли стоит квалифицировать такую возможность как "внутреннюю сторону содержания права на неприкосновенность жилища".

Любое вещное право <1> характеризуется, в частности, тем, что объектом его является вещь, т.е. предмет материального мира, могущий быть в обладании субъекта. Жилище - вещь. Обладатель вещного права посредством собственных действий удовлетворяет свой интерес. Лицо, имеющее право на жилое помещение, может владеть, пользоваться и распоряжаться жильем. Понятно, что соответствующие правомочия могут быть реализованы не иначе как собственными действиями субъекта, обладающего ими <2>. Владеть жилищем - значит "пребывать в нем в удобное для себя время, заниматься в жилище своими делами, по своему усмотрению определять доступ туда третьих лиц" <3>. Возможность пользоваться жилищем означает "по своему усмотрению расставлять мебель, определять, "когда лечь спать и встать", где "быть горнице" или "красному углу" и что поместить в подсобных помещениях и т.д." <4>.

<1> Вопросы о существовании вещных прав, а тем более о признаках этих прав являются достаточно спорными. Отрадно, что вещные права получили признание со стороны закона (раздел II ГК РФ так и назван: "Право собственности и другие вещные права". Об этом см., напр.: Гражданское право: Учебник: В 3 т. Т. 1. 6-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. М., 2003. С. 392 - 402; Суханов Е.А. Понятие и виды ограниченных вещных прав // Вестник Моск. ун-та. Серия 11. Право. 2002. N 4. С. 3 - 36; Гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. 1 / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: БЕК. С. 475 - 476, 590 - 597; Гражданское право: Учебник для вузов (академический курс). Т. 1 / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Алматы, 2000. С. 341 - 354.

<2> Вещный характер права на жилище даже в советские времена (когда многие цивилисты отрицали сам факт существования вещных прав) не вызывал сомнений у специалистов по жилищному праву. См.: Басин Ю.Г. Вопросы советского жилищного права. С. 114 и сл.; Прокопченко И.П. Жилищное законодательство союзных республик. М., 1997. С. 58 - 59; Маслов В.Ф. Защита жилищных прав граждан. Харьков, 1970. С. 69; Бару И.И., Пушкин А.А., Сибилев Н.Н. Понятие и юридическая природа права на жилище // Основы советского жилищного законодательства. Свердловск, 1981. С. 59 - 62. Все эти авторы полагали, что совокупность вещных, абсолютных правомочий образует субъективное гражданское право на жилое помещение (это же понятие иногда обозначалось терминами "право пользования жилым помещением", "право на жилую площадь" и т.п.). Некоторые другие авторы понимали под правом на жилое помещение совокупность всех правомочий нанимателя, различая в его составе абсолютные, вещные и относительные, обязательственные права. См., например: Зиоменко Ю.И. Семья и право на жилую площадь в СССР: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1970. С. 15; Марткович И.Б. Проблемы осуществления конституционного права на жилище: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1981. С. 16.

В настоящее время практически общепризнанным является вещный характер права на жилище. См., например: Гражданское право: Учебник для вузов (академический курс). Т. I / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Алматы, 2000. С. 492 - 514; Басин Ю.Г. Избранные труды по гражданскому праву. Алматы, 2003. С. 571 - 612.

<3> Красавчиков О.А. Основы жилищного законодательства: предмет регулирования и юридическая природа. С. 21.

<4> Красавчиков О.А. Указ. соч. С. 21.

Таким образом, те правовые возможности, которые Л.О. Красавчикова именует "внутренней стороной содержания права на неприкосновенность жилища", входят в содержание вещного права на жилище. А что касается права на неприкосновенность жилища, то оно "выполняет охранительную функцию, юридически обеспечивая ограждение гражданина от вторжения в жилище (а тем самым и в частную жизнь) со стороны третьих лиц" <1>. Содержание права на неприкосновенность жилища исчерпывается тем, что Л.О. Красавчикова называет "внешней стороной содержания права на неприкосновенность жилища". И не более того. Отмеченное, впрочем, ничуть не умаляет значения данного права.

<1> Там же. С. 59.

В качестве одного из основных начал жилищного законодательства названо конституционное положение, в соответствии с которым никто не может быть произвольно лишен жилища (ч. 1 ст. 40 Конституции РФ). Оно несколько конкретизируется в ч. 4 ст. 3 Жилищного кодекса: никто не может быть выселен из жилища или ограничен в праве пользования жилищем, в том числе в праве

получения коммунальных услуг, иначе как по основаниям и в порядке, которые предусмотрены ЖК, другими федеральными законами. Так, расторжение договора социального найма жилого помещения допускается в судебном порядке только в случаях, указанных в ч. 4 ст. 83 ЖК.

Как представляется, восприятие этого принципа в массовом сознании (в том числе юристов) осуществляется в несколько абсолютизированном виде. Как правило, не замечается то, что никто не может быть произвольно лишен жилища. Случаев, когда федеральные законы (а только они это и могут) предусматривают возможность лишения права на жилье, немало. Некоторые основания лишения права на жилище относятся к числу традиционных. Например, если наниматель по договору социального найма и (или) проживающие совместно с ним члены его семьи используют жилое помещение не по назначению, систематически нарушают права и интересы соседей или бесхозяйственно обращаются с жилым помещением, допуская его разрушение, то они могут быть выселены без предоставления другого жилья по правилам, установленным ст. 91 ЖК РФ. (Аналогичные правила содержались в ст. 89 ЖК РСФСР.) Применяется названная санкция крайне редко. Во всяком случае, намного реже, чем допускаются указанные нарушения. Хорошо ли это? И как быть, к примеру, соседям нанимателя, от буйного образа жизни которого нет ни сна, ни покоя?

Жилищные права воспринимаются чуть ли не как незыблемые. Странно, но к жилищным правам отношение более уважительное, чем даже к праву собственности. Так, ст. 31 ЖК РФ предусмотрено, что в случае прекращения семейных отношений с собственником жилого помещения право пользования данным жилым помещением за бывшим членом семьи собственника этого помещения не сохраняется. (Возможность выселения бывшего члена семьи собственника жилья сопровождается рядом оговорок.) Это правило подвергается жесткой критике. Нарушаются жилищные права бывших членов семьи? Существование такой нормы закабалает членов семьи собственника жилого помещения? Конечно, жилищные права нужно защищать. А разве право собственности нуждается в меньшей защите? Оно достойно еще большей защиты. Право собственности - коренное право, а жилищное право производно.

Право собственности в нашей стране никогда не обеспечивалось должным образом (ни до 1917 г., ни тем более в последующий период истории государства Российского). Жилищные права, напротив, защищались достаточно эффективно <1>. По-видимому, когда возникает конфликт между обладателем права собственности и носителем жилищного права, мы по инерции, не вдаваясь в детали, защищаем того, кто имеет жилищное право, и забываем о том, что с точки зрения иерархии право собственности гораздо выше.

<1> Вряд ли кто-то станет отрицать, что в советский период (начиная с 50-х годов XX в.) в СССР действительно торжествовал принцип стабильности жилищных прав. Об этом см., например: Свердлов Г.А. Основы жилищного законодательства Союза ССР и союзных республик и развитие принципов жилищного права // Основы советского жилищного законодательства: Межвуз. сб. науч. тр. Свердловск, 1981. С. 31 - 32; Он же. Принципы советского гражданского права. Красноярск, 1985. С. 126 - 128.

Немало возражений вызывает и допускаемая законом возможность выселения нанимателя по договору социального найма и членов его семьи, которые в течение длительного времени без уважительных причин не вносят плату за жилое помещение и коммунальные услуги (ст. 90 ЖК РФ, ранее - ст. 15.5 Закона РФ "Об основах федеральной жилищной политики"). Странно. Вряд ли мы можем найти подобный случай, когда одна из сторон договора виновно не исполняет свои обязанности и тем не менее ее поведение по распространенному мнению не считается упречным и не должно влечь наступление неблагоприятных последствий.

Думается, сказанное несколько не умаляет значения рассматриваемого основного начала жилищного законодательства. Речь идет лишь о том, что не следует его абсолютизировать.

Право в целом (в том числе жилищное) должно стремиться к обеспечению возможности беспрепятственного осуществления субъективных прав. В соответствующей части ст. 1 ЖК РФ, по сути, воспроизводится общеправовой принцип. Его торжество есть свидетельство торжества права. А оно достижимо только при условии, что правовые нормы предусматривают меры, обеспечивающие беспрепятственное осуществление субъективных прав, в том числе устанавливают порядок реализации права, определяют процедуры (формы и пр.) осуществления прав, санкции, применяемые к нарушителям права, и т.д.

Если жилищные права все-таки нарушены, то жилищное законодательство исходит из необходимости восстановления нарушенных прав.

Восстановление жилищных прав чаще всего достигается использованием таких гражданско-правовых способов защиты, как признание права, восстановление положения, существовавшего до нарушения права, и пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, присуждение к исполнению обязанности в натуре, возмещение убытков и др. (ст. 12 ГК РФ). В Жилищном кодексе содержится немало норм, конкретизирующих общие положения о защите субъективных прав, предусматривающих меры, направленные на восстановление права в

том или ином случае его нарушения. Так, собственник жилого помещения, которое было самовольно переустроено и (или) перепланировано, или наниматель такого жилого помещения по договору социального найма обязан привести такое жилое помещение в прежнее состояние (ч. 3 ст. 29). В случае прекращения у гражданина права пользования жилым помещением он обязан освободить жилое помещение (прекратить пользоваться им), а при неисполнении данной обязанности гражданин подлежит выселению (ст. 35). При признании обмена жилыми помещениями, предоставленными по договорам социального найма, недействительным участники обмена подлежат переселению в ранее занимаемые ими жилые помещения (ч. 2 ст. 75) и т.д.

Права и свободы человека и гражданина обеспечиваются правосудием <1> (ст. 18 Конституции РФ). Практически все жилищные споры подведомственны суду. Жилищные права могут защищаться и в административном порядке. Но и в этом случае решение, принятое в административном порядке, может быть обжаловано в суд (ч. 2 ст. 11 ЖК).

<1> В соответствии с широко распространенным в юридической науке мнением право на жилище входит в состав социальных прав, направленных на обеспечение и защиту потребностей и интересов человека, относится к категории основных прав человека. См. об этом: Пчелинцева Л.М. Право военнослужащих на жилище. Теоретические аспекты и проблемы реализации. М., 2004. С. 138 и сл.

Говоря о равенстве участников жилищных отношений как о принципе жилищного права, важно обратить внимание на следующие обстоятельства.

Во-первых, речь идет о юридическом (формальном) равенстве. Мы все всегда различались и будем различаться с точки зрения экономической, психофизической и т.д. Но право, регулируя определенные виды общественных отношений, игнорирует реально существующее неравенство, исходит из того, что с точки зрения юридической субъекты равны.

Во-вторых, в гражданском праве под равенством понимается отсутствие власти и подчинения; один субъект не подчинен другому, не может повелевать другим. В ст. 1 ЖК РФ под равенством разумеется нечто иное. Имеется в виду равноправие пользователей. Пользователи равны в правах и обязанностях.

В-третьих, говорится о равенстве прав и обязанностей не во всех жилищных отношениях, а только в отношениях по владению, пользованию и распоряжению жилыми помещениями. Это означает, что если, к примеру, в квартире проживает несколько человек, то никто из них не пользуется преимуществом в пользовании кухней, ванной и т.д. Наниматель жилого помещения по договору социального найма вправе произвести обмен занимаемого жилого помещения на другое жилое помещение, также занимаемое по договору социального найма, с письменного согласия проживающих совместно с ним членов его семьи. Члены семьи нанимателя вправе требовать от нанимателя обмена занимаемого жилого помещения на жилые помещения, расположенные в разных домах или квартирах. В случае возникновения спора наниматель, любой из членов его семьи вправе требовать принудительного обмена и т.д. и т.п.

В-четвертых, из Жилищного кодекса, другого федерального закона или существа соответствующих отношений может следовать, что пользующиеся жилым помещением граждане не равны в правах и (или) обязанностях. Так, в силу ч. 2 ст. 69 Кодекса члены семьи нанимателя жилого помещения по договору социального найма имеют равные с нанимателем права и обязанности. Но одновременно предусмотрено, что только дееспособные члены семьи нанимателя несут солидарную с нанимателем ответственность по обязательствам, вытекающим из договора социального найма.

Жилищное законодательство пронизано идеей необходимости обеспечить сохранность жилищного фонда. На этот счет оно содержит многочисленные указания. Так, собственник жилого помещения обязан поддерживать данное помещение в надлежащем состоянии, не допуская бесхозяйственного обращения с ним (ч. 4 ст. 30), а при неисполнении данной обязанности право собственности на жилое помещение может быть прекращено в судебном порядке (ст. 293 ГК РФ). Договор социального найма жилого помещения может быть прекращен по требованию наймодателя в случае разрушения или порчи жилого помещения нанимателем или другими гражданами, за действия которых он отвечает (ст. 83 ЖК). Установление в законодательстве предельно конкретизированных правил и норм технической эксплуатации жилищного фонда, а главное - их соблюдение способствуют обеспечению сохранности жилищного фонда. В законодательстве неоднократно указывается на обязанность различных субъектов осуществлять контроль за использованием и сохранностью жилищного фонда (ст. ст. 12 - 14, 20 и др.).

Целевое назначение жилых помещений состоит в том, что они предназначены для проживания граждан <1> (п. 2 ст. 288 ГК РФ, ч. 1 ст. 17 ЖК РФ). Размещение в жилых помещениях промышленных производств не допускается (п. 3 ст. 288 ГК РФ, ч. 3 ст. 17 ЖК РФ). Юридическим лицам жилое помещение может быть предоставлено во владение и (или) пользование на основе

договора аренды или иного договора. Юридическое лицо может использовать жилое помещение только для проживания граждан (п. 2 ст. 671 ГК РФ).

<1> По мнению Ю.Г. Басина, "подобные ограничения не учитывают ни статуса подлинного собственника, ни возможностей оперативных изменений в характере использования частного жилища" (Басин Ю.Г. Избранные труды по гражданскому праву. С. 573).

В случае использования жилого помещения не по назначению могут применяться различные правовые санкции вплоть до лишения субъекта права собственности на жилое помещение (ст. 293 ГК РФ) или права пользования (например, ст. 79 ЖК РФ).

Указав основные начала жилищного законодательства, ЖК РФ формулирует наиболее важные положения об осуществлении гражданами жилищных прав (п. 2 ст. 1). Рассматривая соответствующие положения, необходимо обратить внимание на следующие обстоятельства.

Во-первых, здесь сделан акцент на правах граждан, хотя участниками жилищных отношений могут быть также юридические лица, Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования (ч. 2 ст. 4). Это обусловлено целью жилищной политики - обеспечение права граждан на жилище. По-видимому, не будет преувеличением сказать, что гражданин является центральным субъектом жилищных отношений.

Во-вторых, здесь воплощена гражданско-правовая идея о том, что (жилищные) права осуществляются гражданами "своей волей и в своем интересе" (ср. ч. 2 ст. 1 ЖК РФ и п. 2 ст. 1 ГК РФ). Граждане автономны при осуществлении жилищных прав, в том числе и при распоряжении ими. Недопустимо принуждать гражданина к тому, чтобы он проживал в принадлежащем ему жилом помещении, нельзя заставить гражданина распорядиться своими жилищными правами и т.д.

В-третьих, здесь отчетливо прослеживается диспозитивное начало правового регулирования жилищных отношений с участием граждан. Граждане имеют возможность свободно выбирать способы удовлетворения жилищных потребностей (проживать в жилом помещении, приобретенном по договору купли-продажи, пользоваться жильем, предоставленным по договору социального найма, и т.д.). Естественно, о свободном выборе речь идет исходя из сугубо юридической точки зрения. При этом не учитывается тот факт, что выбор может быть жестко детерминирован экономическими условиями и пр.

Понятно, что свобода выбора осуществляется в рамках, установленных законом. Так, в социальный наем могут получить жилье не все граждане, нуждающиеся в жилых помещениях, но лишь определенные категории граждан (ст. 49).

В-четвертых, упомянуты основания возникновения жилищных прав и особо выделено одно из них - договор. Такое внимание к договору обусловлено его особой ролью в возникновении жилищных прав и их регулировании. Кроме известных договоров социального и коммерческого найма, жилищные отношения порождают и регулируют договоры безвозмездного пользования, поднайма, найма специализированных жилых помещений, обмена жилыми помещениями и т.д. Даже поселение временных жильцов основано на договоре.

В-пятых, в ч. 2 ст. 1 ЖК воспроизводится конституционное положение, в соответствии с которым осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ). Но при этом если в Конституции речь идет об осуществлении прав и свобод, то в рассматриваемой норме упоминаются и обязанности. Кроме того, осуществлена привязка к предмету правового регулирования - жилищным отношениям (говорится о жилищных правах и обязанностях).

Наконец, помимо недопустимости нарушения прав и свобод других граждан при осуществлении прав и исполнении обязанностей, сказано также, что нельзя нарушать законные интересы других граждан. Данное указание, на первый взгляд самого общего плана, находит развитие в ряде регулятивных норм Жилищного кодекса. Так, в силу ч. 3 ст. 72 ЖК, если между нанимателем жилого помещения по договору социального найма и проживающими совместно с ним членами его семьи не достигнуто соглашение об обмене, любой из них вправе требовать осуществления принудительного обмена занимаемого жилого помещения в судебном порядке. При этом учитываются заслуживающие внимания доводы и законные интересы лиц, проживающих в обмениваемом жилом помещении.

Как следует из ранее изложенного, законодательство, регулирующее жилищные отношения, характеризовалось бессистемностью и большим количеством нормативных актов. С учетом этого, а также учитывая происшедшие социально-экономические преобразования, принятие ЖК РФ, конечно, следует приветствовать.

Жилищный кодекс, как отмечалось, не только определяет основные начала жилищного законодательства, его предмет, основания возникновения жилищных прав и обязанностей, компетенцию различных органов в области жилищных отношений и т.д., но и содержит большое число регулятивных норм. Соответствующие нормы можно классифицировать по различным

основаниям. Так, некоторые из них представляют собой в той или иной мере модифицированные правила, содержащиеся в ранее действовавшем законодательстве. Например, нормы, определяющие основания признания граждан нуждающимися в жилых помещениях, предоставляемых по договорам социального найма (ст. 51), устанавливающие порядок принятия на учет граждан в качестве нуждающихся в жилых помещениях (ст. 52), указывающие основания и порядок снятия граждан с учета (ст. 56), и т.д. и т.п. (ст. ст. 57 - 65, 69 - 91 и др.). Некоторые из регулятивных норм, содержащихся в ЖК РФ, являются абсолютно новыми (не имеющими "корней" в ранее действовавшем законодательстве). Так, о переводе жилого помещения в нежилое помещение (а такой перевод получил в последние годы широчайшее распространение) и нежилого помещения в жилое помещение прежнее законодательство лишь упоминало. В связи с объективно существовавшей потребностью регулировать соответствующие отношения субъектами Российской Федерации, муниципальными образованиями на этот счет принимались различного рода положения, правила и т.п. Понятно, что такого рода акты разительно отличались друг от друга как с точки зрения содержательной (в том числе степенью детализации), так и с точки зрения юридической техники. ЖК РФ ввел единые правила о переводе жилого помещения в нежилое и нежилого помещения в жилое. Эти правила даны достаточно лаконично (ст. ст. 22 - 24) и четко. Ныне на уровне федерального закона установлены условия перевода, порядок его осуществления и т.д. Аналогично можно оценить нормы о переустройстве и перепланировке жилого помещения (ст. ст. 25 - 29).

К числу новелл следует отнести также нормы, определяющие права и обязанности граждан, проживающих совместно с собственником в принадлежащем ему жилом помещении (ст. 31), ряд норм об обеспечении жилищных прав собственника жилого помещения при изъятии земельного участка для государственных и муниципальных нужд (ст. 32; "исток" соответствующих правил является ст. 239 ГК РФ) и т.д.

Наличие большого числа регулятивных норм в Жилищном кодексе представляет собой гарантию того, что он не станет "свадебным генералом" в системе жилищного законодательства. ЖК РФ есть работающий документ. Некоторые регулятивные нормы в той или иной мере будут развиваться и конкретизироваться в иных правовых актах. Нередко на необходимость этого прямо указывается в Жилищном кодексе.

Жилищный кодекс занимает главенствующее место в системе жилищного законодательства. Это наиболее важный компонент системы.

Указанное обстоятельство неоднократно подчеркивается самим ЖК РФ, особенно в ст. 5. Здесь, в частности, указывается, что жилищное законодательство состоит из Кодекса, принятых в соответствии с Кодексом других федеральных законов, а также изданных в соответствии с ними указов Президента РФ, постановлений Правительства РФ и других актов (ч. 2). Установлено также, что указы не должны противоречить Кодексу и другим федеральным законам, а постановления могут приниматься на основании и во исполнение Кодекса, других федеральных законов и нормативных указов (ч. ч. 3 - 4). Кроме того, предусматривается, что федеральные органы исполнительной власти могут издавать нормативные акты в случаях и пределах, установленных Кодексом, другими федеральными законами, указами, постановлениями (ч. 5). Нормы подобного содержания адресованы также субъектам Российской Федерации и муниципальным образованиям (ч. ч. 6, 7). И наконец, предписывается следующее: в случае несоответствия норм жилищного законодательства, содержащихся в любых нормативных правовых актах, положениям Кодекса применяются положения Жилищного кодекса (ч. 8).

Идея об абсолютном верховенстве ЖК РФ в системе жилищного законодательства представляется правильной. Только при условии ее реализации возможно существование системы (жилищного законодательства), одним из свойств которой является иерархичность. Напротив, отступление от этой идеи ведет к деформации системы (жилищного законодательства), а то и к ее разрушению.

Реально ли торжество этой идеи? В значительной части реально. Так, бесспорно, что указы Президента РФ, постановления Правительства РФ и другие подзаконные акты должны соответствовать Жилищному кодексу. Более того, в предусмотренных ЖК РФ случаях нормативные акты могут приниматься "на основании и во исполнение" Кодекса, "в случаях и в пределах", предусмотренных Кодексом, "в пределах своих полномочий на основании" Кодекса. Значит, при нарушении этих требований защита жилищных прав может быть осуществлена путем признания судом недействующим нормативного правового акта или путем неприменения судом такого акта (п. п. 3, 4 ч. 3 ст. 11 ЖК).

Но как быть в тех случаях, когда не соответствует Жилищному кодексу другой федеральный закон? Следуя "букве" закона, в таких ситуациях применяются положения ЖК РФ (ч. 8 ст. 5). Будет ли исполняться данное указание Жилищного кодекса? Вряд ли. К сожалению, торжествует точка зрения, в соответствии с которой (любой) кодекс - такой же федеральный закон, как и все остальные федеральные законы (они равны по юридической силе). Как неоднократно указывал Конституционный Суд РФ, ни один федеральный закон не обладает по отношению к другому

федеральному закону большей юридической силой <1>. И, стало быть, он (кодекс) не может "давать указания" другим федеральным законам.

<1> См., напр., Определение Конституционного Суда РФ от 5 ноября 1999 г. N 182-О.

Кроме того, в самом Жилищном кодексе предусматривается возможность формирования параллельных "отраслей" (или "подотраслей") жилищного законодательства. Так, ЖК РФ устанавливает общие правила предоставления жилых помещений по договорам социального найма (ст. ст. 49 - 59). В то же время в ЖК устанавливается, что для отдельных категорий граждан могут вводиться специальные нормы:

- об основаниях признания их нуждающимися в жилых помещениях;
- о порядке предоставления им жилых помещений;
- о норме предоставления площади жилого помещения по договору социального найма для этих категорий граждан.

Соответствующие нормы могут предусматриваться федеральными законами или законами субъектов Российской Федерации. Правила Жилищного кодекса в таких случаях применяются subsidiarily - постольку, поскольку иное не предусмотрено указанными законами (ст. ст. 49, 50). Введение таких положений применительно к отдельным категориям граждан (военнослужащих, судей, прокуроров и т.д.) вполне оправданно с точки зрения государственно-политической и социально-политической. Если же исходить из формально юридических соображений, то следует констатировать отступление от принципа унификации жилищно-правовых норм. Такое отступление обеспечивает развитие определенных общественных отношений в угодном государству и обществу направлении. Следовательно, оно разумно и поэтому заслуживает поддержки.

Конечно, юрист тяготеет к тому, чтобы установить одинаковые правила для всех. И чем меньше исключений из этих общих правил, тем более удобно пользоваться законодательством. Но законодательство создается отнюдь не для того, чтобы юристу было комфортно. Жизнь многогранна. Законодательство, устанавливая единые правила, не должно игнорировать объективно существующие потребности вводить исключения из этих единых правил. В результате введения таких исключений законодательство "разбухает". Но это то неизбежное зло, которое во благо.

Жилищный кодекс выполняет координирующую функцию, в том числе определением компетенции органов государственной власти Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, а также органов местного самоуправления в области жилищных отношений (ст. ст. 12 - 14). Обращает на себя внимание стремление сформулировать соответствующие полномочия предельно конкретно. Так, к компетенции органов государственной власти Российской Федерации в области жилищных отношений отнесено определение порядка государственного учета жилищных фондов, установление требований к жилым помещениям, их содержанию, содержанию общего имущества собственников помещений в многоквартирных домах и т.д. В результате такого подхода мы знаем, от кого чего следует ожидать.

Реализуя свои полномочия, названные органы принимают и будут принимать впредь различного рода правовые акты. Это тоже ведет к увеличению числа источников жилищного права. Такие действия осуществляются (должны осуществляться) "под контролем" Жилищного кодекса.

Во-первых, указанные акты должны соответствовать положениям ЖК РФ (в том числе и в первую очередь - основным началам жилищного законодательства).

Во-вторых, в ряде случаев ЖК РФ в той или иной мере предопределяет содержание указанных актов. Например, к ведению органов местного самоуправления отнесено предоставление в установленном порядке малоимущим гражданам по договорам социального найма жилых помещений муниципального жилищного фонда (п. 5 ч. 1 ст. 14). А порядок предоставления устанавливается и самим ЖК РФ (ст. ст. 49, 57 - 59).

В-третьих, нередко отнесение решения какого-либо вопроса к ведению Российской Федерации, сам ЖК РФ и вводит соответствующие нормы (например, об определении условий и порядка переустройства и перепланировки жилых помещений (п. 10 ст. 12, ст. ст. 25 - 29), о порядке организации и деятельности товариществ собственников жилья, определении правового положения членов товариществ собственников жилья (п. 9 ст. 12, ст. ст. 135 - 152)).

Нередко Жилищный кодекс предписывает или позволяет принятие определенных решений путем принятия нормативных правовых актов. Соответствующие обращения адресуются Российской Федерации, субъектам Российской Федерации, муниципальным образованиям (или органам названных объектов). Так, в силу ч. 3 ст. 49 федеральным законом или законом субъекта Российской Федерации может быть предусмотрена возможность предоставления жилых помещений государственного жилого фонда не только малоимущим, но и иным категориям граждан. Указанными законами могут определяться основания признания таких граждан нуждающимися в жилых помещениях, устанавливаться порядок предоставления жилья этим

гражданам и т.д. (см. также ч. 4 ст. 49, ч. 3 ст. 50). В соответствии с п. 7 ст. 13 и ч. 7 ст. 52 ЖК РФ законами субъектов Российской Федерации устанавливается порядок ведения органами местного самоуправления учета граждан в качестве нуждающихся в жилых помещениях. В ч. 2 ст. 81 предусматривается возможность введения федеральным законодательством и законодательством субъектов Российской Федерации иных (кроме тех, что установлены в ч. 1 ст. 81) оснований замены гражданам жилых помещений. Федеральным законодательством и законодательством субъектов Российской Федерации определяются категории граждан, нуждающихся в специальной социальной защите (ч. 2 ст. 98), а также порядок и условия предоставления этим гражданам специализированного жилья (ст. 109). Федеральное законодательство устанавливает порядок признания граждан вынужденными переселенцами и беженцами (ст. 97) и порядок предоставления им специализированных жилых помещений (ст. 108) и т.д.

В Жилищном кодексе немало указаний Правительству РФ. Все эти указания можно подразделить на три группы.

В одних случаях ЖК РФ предписывает Правительству совершение определенных действий и в какой-то мере определяет их содержание. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 15 порядок признания помещения жилым помещением и требования, которым должно отвечать жилое помещение, устанавливаются Правительством РФ в соответствии с ЖК РФ, другими федеральными законами. Но чуть раньше (в ч. 2 ст. 15) предусматривается, что жилым помещением признается изолированное жилое помещение, которое является недвижимым имуществом и пригодно для постоянного проживания (отвечает установленным требованиям законодательства) (см. также ч. 4 ст. 15). В силу ч. 4 ст. 17 правила пользования жилыми помещениями устанавливаются Правительством РФ. И здесь же даны некоторые ориентиры, которыми следует руководствоваться: пользование жилым помещением должно осуществляться с учетом соблюдения прав и законных интересов проживающих в этом жилом помещении граждан, соседей, требований пожарной безопасности, санитарно-гигиенических, экологических, иных требований законодательства (см. также ст. 39 ЖК РФ).

В других случаях, которых довольно много, усмотрение Правительства не сковывается какими-либо указаниями ЖК РФ. Например, Правительство РФ устанавливает порядок государственного учета жилищного фонда (ч. 4 ст. 19), утверждает типовой договор социального найма жилого помещения (ч. 2 ст. 63) и типовые договоры найма специализированных жилых помещений (ч. 8 ст. 100) и т.д. (см. также ч. 1 ст. 51, ч. 2 ст. 92, ч. 11 ст. 155, ч. 10 ст. 156, ч. 4 ст. 157, ч. 4 ст. 7 - 9 ст. 159).

Наконец, в некоторых случаях Правительству РФ даются поручения, целесообразность которых вызывает сомнения. Так, для проведения переустройства и (или) перепланировки жилого помещения в орган местного самоуправления, кроме прочего, должно быть представлено "заявление о переустройстве и (или) перепланировке по форме, утвержденной Правительством Российской Федерации" (ч. 2 ст. 26 ЖК РФ). Кстати, одновременно с заявлением представляются так называемые правоустанавливающие документы, подготовленный в установленном порядке проект переустройства и (или) перепланировки, технический паспорт жилого помещения и т.д. Требуется ли в этом случае какая-то специальная форма заявления? Вряд ли.

Форма и содержание документа, подтверждающего принятие решения о согласовании (переустройства и (или) перепланировки), устанавливаются Правительством РФ (ч. 5 ст. 26, см. также ч. 5 ст. 23). Как представляется, и в этом случае Правительство обязывается заниматься несвойственным ему делом.

Как неоднократно отмечалось, жилищное законодательство всегда было представлено большим количеством нормативных правовых актов. Так будет и впредь. И в этом нет ничего страшного. Более того, иным оно быть не может. Причин появления большого числа нормативных актов, содержащих жилищно-правовые нормы, множество. Среди них, в частности, можно отметить следующие.

Во-первых, жилищное законодательство находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации (ст. 72 Конституции Российской Федерации).

Кроме прочего, это обстоятельство предполагает, что Российская Федерация должна творить жилищно-правовые акты "с оглядкой" на то, чтобы оставался простор для нормотворческой деятельности субъектов Российской Федерации.

Во-вторых, жилищные отношения весьма разнообразны. Причем они различаются по субъектному составу, объектам и содержанию. Так, жилищные отношения складываются между юридическими лицами и гражданами, между гражданами. При этом жилищно-правовые связи различаются (и должны различаться) в зависимости от имущественного положения граждан, состояния здоровья, места работы и т.д. и т.п. Жилищные отношения имеют объектами жилые дома, квартиры, комнаты, общее имущество многоквартирного жилого дома и т.д. Часть жилищных отношений являются неимущественными (в том числе организационными) и т.д. Жилищные

отношения складываются по поводу предоставления жилых помещений, владения, пользования и распоряжения ими и пр.

Как ранее отмечалось, во многих социальных связях жилищный компонент присутствует, но он как бы поглощен иными отношениями, является составной частью иных отношений (прежде всего речь идет об использовании специализированного жилищного фонда).

Специфика тех или иных видов жилищных отношений обуславливает необходимость дифференцированного правового регулирования и, следовательно, появления большого числа актов жилищного законодательства.

В-третьих, правовое регулирование жилищных отношений невозможно без существования большого числа нормативно-технических правил. В частности, необходимо определить санитарные требования, которым должно отвечать жилое помещение, различного рода технические требования к жилому помещению и пр. Соответствующие нормы в федеральных законах могут устанавливаться лишь в самом общем виде. Поэтому требуется немалое число подзаконных нормативных актов, поскольку собрать все такие нормы воедино "под одной обложкой" (в одном нормативном правовом акте) практически невозможно.

Вследствие большого числа актов жилищного законодательства оно в значительной степени становится законодательством для специалистов. Человек, который систематически не занимается изучением жилищного законодательства, разобраться в нем не может. Но не законодательство тому виной. Сложна жилищно-правовая сфера. Разнообразны жилищные отношения. Жилищное законодательство должно отражать все это многообразие нашей жизни и потому не может быть простым для понимания.

Важно, однако, подчеркнуть главенствующую роль Жилищного кодекса. Только в том случае, если дальнейшее развитие правового регулирования жилищных отношений будет осуществляться исходя из идей, сформированных в ЖК РФ, будет существовать система жилищного законодательства. В противном случае будет существовать некий нормативный массив несогласованных друг с другом нормативных правовых актов, которые сближает лишь то, что они в той или иной мере говорят об удовлетворении жилищных потребностей граждан.

Как представляется, Жилищный кодекс Российской Федерации с точки зрения концептуальной является:

- результатом развития российского жилищного законодательства;
- отражением нынешних реалий (он "дитя своего времени");
- прогрессивным актом.

МИХЕЕВА Л.Ю.

РАЗВИТИЕ КОДИФИКАЦИИ РОССИЙСКОГО СЕМЕЙНОГО ПРАВА

1. Становление отрасли семейного законодательства в Российской Федерации

Формирование самостоятельной отрасли семейного законодательства, регулирующей все группы семейных отношений, впервые произошло именно в России в начале XX в. Нормы семейного права традиционно содержались и сейчас содержатся в гражданском законодательстве многих стран. Французский гражданский кодекс, Общее гражданское уложение Австрии, Германское гражданское уложение и другие кодифицированные акты гражданского права с начала XIX в. и по настоящее время включают в себя положения о браке, родстве, содержании детей и разводе. Известно и то обстоятельство, что гражданское законодательство Российской империи содержало нормы, регулирующие отношения между членами семьи. Книга первая т. X Свода законов именовалась "О правах и обязанностях семейственных" <1>.

<1> См.: Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов / Составил И.М. Тютрюмов. Книга первая. М., 2004. С. 75 - 344.

Одним из первых специальных законодательных актов в сфере семейного права считают принятый в Англии в 1908 г. Закон о детях, прозванный "Великой хартией детей". Однако целая отрасль семейного законодательства, регулирующего отношения между супругами, детьми и родителями, иными родственниками, впервые в мире была создана именно в России. От Кодекса законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве 1918 г. к Семейному кодексу Российской Федерации 1995 г. (далее - СК) в нашей стране продолжается традиция кодификации семейно-правовых норм.

Самостоятельная кодификация семейного законодательства в России - явление, имеющее сугубо исторические причины. Принятие первого Кодекса в 1918 г. было скорее вынужденным, нежели продуманным и целенаправленным решением, поскольку, как справедливо отмечает М.В.

Антокольская, в период военного коммунизма "гражданское право считалось отмершим и никто не собирался его возрождать. Семейные же отношения необходимо было урегулировать по-новому, поэтому при отсутствии гражданского законодательства и был принят отдельный семейный кодекс" <1>.

<1> Антокольская М.В. Семейное право: Учебник. М., 2000. С. 64.

Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве положил начало раздельному существованию гражданского и семейного законодательства. Однако ни этот Кодекс, ни последовавшие за ним акты (Кодекс законов о браке, семье и опеке РСФСР 1926 г., Основы законодательства о браке и семье Союза ССР и союзных республик 1968 г., Кодекс о браке и семье РСФСР 1969 г.) не смогли разорвать связь между гражданским и семейным правом, выхолостить семейное законодательство, оставив в нем одни лишь императивы.

Нормы, нацеленные на охрану сугубо личных интересов человека, его семейных связей и ценностей, присутствовали во всех отечественных кодификациях семейного права. Это утверждение относится и к правилу Кодекса 1918 г. о том, что перемена места жительства одним из супругов не создает для другого обязанности следовать за ним, и к норме Кодекса 1926 г. о том, что "родители вправе требовать в исковом порядке возврата детей от любого лица, удерживающего детей у себя не на основании законов или постановления суда", и ко многим нормам Кодекса 1969 г., в частности к правилу о равенстве имущественных прав супругов в том случае, "если один из них был занят ведением домашнего хозяйства, уходом за детьми или по другим уважительным причинам не имел самостоятельного заработка". Вряд ли названные положения можно причислить к нормам публичного права.

Первопричина появления в отечественном законодательстве кодексов, регулирующих отношения между членами семьи, канула в прошлое, однако опыт семейно-правовой кодификации нуждается в оценке с точки зрения его влияния на развитие российского семейного права как совокупности норм и как соответствующей отрасли правовой науки.

Иностранные специалисты в области семейного права традиционно оценивают семейное законодательство Российской Федерации как прогрессивное, отмечая при этом особо сам факт существования отрасли семейного законодательства. Сведение норм в один кодифицированный акт демонстрирует более высокое качество правовой защиты семьи и ее членов по сравнению с существующей в ряде стран традицией принятия законов, регулирующих отдельные семейные отношения <1>.

<1> В качестве примеров можно привести принятые в XX в. и впоследствии измененные: английский Закон о браке 1949 г., норвежский Закон о семейной собственности 1927 г., шведский Закон о родителях и детях 1949 г., финский Закон об усыновлении 1979 г. и др.

Однако дело не только в юридической технике, ведь отдельные институты семейного права могут быть включены (и включаются) в гражданские кодексы. Первым и очевидным достоинством единого семейного кодекса являются его общие положения - об основных началах семейного законодательства, источниках семейного права, осуществлении и защите семейных прав, давности. Наличие общих положений позволяет, как известно, обеспечить максимальную защиту прав и интересов участников регулируемых семейным законодательством отношений в нестандартных ситуациях, прямо не предусмотренных нормами отдельных институтов.

И все же, на наш взгляд, более важным последствием произошедшего почти 90 лет назад разделения гражданского и семейного законодательства является то, что оно дало мощный толчок развитию целой отрасли юридического знания. Отдельная кодификация семейного законодательства способствовала глубокой проработке норм, институтов и принципов семейно-правового регулирования в отечественной правовой науке, наиболее известными представителями которой в этой области по праву признаны Г.М. Сverdлов, В.А. Рясенцев, Е.М. Ворожейкин, Н.М. Ершова, Р.П. Мананкова, А.М. Нечаева и другие <1>.

<1> См.: Сverdлов Г.М. О предмете и системе социалистического семейного права // Советское государство и право. 1941. N 1; Он же. Брак и развод. М.; Л., 1949; Рясенцев В.А. Семейное право. М., 1967; Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. М., 1972; Ершова Н.М. Вопросы семьи в гражданском праве. М., 1977; Мананкова Р.П. Правовые проблемы членства в семье. Томск, 1985; Нечаева А.М. Проблемы охраны прав несовершеннолетних в Российской Федерации: Дис. ... д-ра юрид. наук в форме науч. докл., выполняющего также функции автореф. М., 1995.

Как известно, наличие самостоятельной отрасли семейного законодательства стало одной из важнейших предпосылок формирования концепции самостоятельности одноименной отрасли законодательства - семейного права, характеризуемого, по мнению многих, особым предметом, методом и принципами правового регулирования <1>. Как пишет Н.С. Шерстнева, "семейное право отпочковалось от гражданского" <2>.

<1> Среди ученых современности идею о самостоятельности семейного права наиболее последовательно проводит А.М. Нечаева, которая утверждает, что "семейное право отвечает требованиям, предъявляемым к отрасли права как таковой". См.: Нечаева А.М. Семейное право как самостоятельная отрасль // Государство и право на рубеже веков (материалы всероссийской конференции). Гражданское право. Гражданский процесс. М., 2001. С. 25 - 30. См. также: Нечаева А.М. Семейное право: Курс лекций. М., 1998. С. 12 - 13.

<2> Шерстнева Н.С. Принципы российского семейного права: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 37.

Между тем существование отрасли законодательства отнюдь не свидетельствует о наличии в системе отечественного права такой же отрасли права. А.В. Мицкевич отмечает, что система законодательства лишь "внешняя форма выражения позитивного права", она необходима "для практического применения", в то время как система права - его структура, "выявляющая его закономерности, имманентные свойства" <1>. Помимо моноотраслевого законодательства А.В. Мицкевич выделяет и "комплексные массивы законодательства, включающие в свое содержание нормы различных отраслей права" <2>. К таковым, по нашему мнению, можно отнести и семейное законодательство.

<1> Мицкевич А.В. Система права и система законодательства: развитие научных представлений и законотворчества // Проблемы современного гражданского права. М., 2000. С. 36.

<2> Мицкевич А.В. Указ. соч. С. 41.

Как отмечает М.И. Брагинский, "самые разнообразные тенденции... подтверждают стремление к слиянию земельного, семейного и трудового права с правом гражданским и воссозданию единого частного (гражданского) права" <1>. Такое слияние отраслей права не означает слияния отраслей законодательства, которые по-прежнему имеют право на существование и призваны обеспечить специфику правового регулирования тех или иных отношений, в том числе в качестве *lex specialis*.

<1> Брагинский М.И. О месте гражданского права в системе "право публичное - право частное" // Проблемы современного гражданского права. М., 2000. С. 75 - 76.

Тем не менее нормы семейного законодательства, будучи специальными по отношению к нормам законодательства гражданского, не могут быть признаны достаточными для полноценного урегулирования семейных отношений. СК установил в ст. ст. 4 и 5 правила субсидиарного применения гражданского законодательства к семейным отношениям, что с учетом формул, использованных законодателем в ст. 2 СК при определении предмета семейного законодательства, не оставляет сомнений не только в целесообразности, но и в неизбежной необходимости обращения к гражданскому законодательству практически в каждом семейном правоотношении <1>. Справедливости ради необходимо отметить, что эти положения рядом специалистов в области семейного права толкуются ограничительно <2>.

<1> Приведем конкретный случай. Должник по исполнительному производству о взыскании алиментов в пользу бывшей жены допустил задолженность за несколько месяцев. Взыскательница, не получив суммы задолженности, вступила в новый брак и в связи с этим утратила свое право на получение содержания. Нормы СК при любом их толковании не позволяют найти ответ на вопрос о судьбе недополученных средств. И только субсидиарное применение ст. 408 ГК РФ позволило судебному приставу-исполнителю верно исполнить судебное решение, не нарушая интересов взыскателя.

<2> См., напр.: Рабец А.М. Семейное право: Курс лекций. Белгород, 1998. С. 33.

Сегодня принадлежность семейного права частноправовой сфере перестала подлежать сомнению для большинства цивилистов <1>. В настоящей работе термин "семейное право" применяется нами в том же отраслевом значении, что и, например, термины "наследственное право" или "транспортное право".

<1> См., напр.: Суханов Е.А. Частное право в российской правовой системе // Государство и право на рубеже веков (материалы всероссийской конференции). Гражданское право. Гражданский процесс. С. 7 - 8; Гражданское право: Учебник. Ч. III / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1998. С. 194 - 204. По мнению М.И. Брагинского, субсидиарное применение норм, а также общих начал и принципов гражданского законодательства к семейным отношениям свидетельствует о единстве гражданского и семейного права (см.: Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса РФ для предпринимателей. 2-е изд., доп. и перераб. М., 1999. С. 28).

Значение имевшей место на протяжении многих десятилетий острой дискуссии о месте семейного права в системе правовых отраслей состоит в том, что она позволила выявить наиболее важные отличительные черты семейных отношений, учесть которые в специальном нормативном правовом акте (СК) - наиважнейшая задача законодателя. Раздельность гражданского и семейного законодательства (но не права) - свершившийся факт. Более того, это факт, заверенный основным законом - Конституцией РФ, которая относит гражданское законодательство к исключительной компетенции Федерации, а семейное - к предмету совместного ведения России и ее субъектов. Кстати сказать, это обстоятельство создает и немалые трудности в законотворчестве субъектов Российской Федерации, которые, например, пытаясь ввести на своих территориях новые формы устройства детей в семью, фактически создавали гражданско-правовые конструкции (в Ставропольском крае - патронатное воспитание, в Белгородской области - семейный детский дом без статуса юридического лица). Преодолеть это препятствие не помогает даже специальное указание абз. 2 п. 1 ст. 123 СК на то, что законами субъекта могут быть предусмотрены иные помимо перечисленных в СК формы устройства детей. Такая правовая форма, как договорное призрение детей за деньги, представляет собой имущественное отношение, основанное на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности его участников, а потому, являясь предметом гражданского законодательства, не может регулироваться законом субъекта Российской Федерации.

С учетом того что кодификацию гражданского законодательства принято считать завершенной, идея о включении норм семейного права в Гражданский кодекс РФ (далее - ГК) вряд ли может обсуждаться всерьез. В этой связи полагаем очевидным, что впредь семейное законодательство в Российской Федерации может совершенствоваться исключительно на базе отдельного Кодекса.

В то же время объективной закономерностью развития семейного законодательства становится применение к семейным отношениям методов, имеющих отчетливые частноправовые черты. Речь идет об усилении принципа судебной защиты нарушенных субъективных прав членов семьи и дальнейшем распространении соглашений между субъектами семейных правоотношений. Эти направления так или иначе присутствуют в представленных ниже предложениях по совершенствованию семейного законодательства.

Известно, что за прошедшее десятилетие существенным образом пересматривались основные научные специальности в юриспруденции, однако семейное право наряду с гражданским правом так и осталось внутри специальности 12.00.03, что позволило семейно-правовой науке обогатиться работами "качественных" цивилистов - Л.Б. Максимович, О.Н. Низамиевой, А.В. Слепаковой, Н.С. Шерстневой, С.Ю. Чашковой, Е.А. Чефрановой и многих других. Разработки и научные достижения этих авторов, а также известных всей стране авторов текста проекта СК (М.В. Антокольской, Ю.А. Королева, И.М. Кузнецовой, Н.И. Марышевой, М.Г. Масевич, А.М. Нечаевой, О.А. Хазовой) могут быть положены в основу дальнейшего совершенствования семейного законодательства Российской Федерации.

2. Опыт совершенствования семейного законодательства за прошедшее десятилетие

Через некоторое время после принятия СК появилась необходимость внесения в него некоторых изменений. Одной из первых новелл явилось исключение из ст. 48 Кодекса п. 3, фактически предоставлявшего женщине право самостоятельно решать вопрос записи об отце ребенка, выбрав между своим мужем (бывшим мужем) и другим мужчиной. Это законодательное решение не вполне однозначно расценивается на практике в случаях, когда с просьбой о записи в качестве отца ребенка мужчины, не являющегося мужем матери, обращаются все трое: мать, муж матери, отец ребенка.

Однако более важные изменения были внесены в Кодекс Федеральным законом от 27 июня 1998 г. N 94-ФЗ, который ввел в законодательство понятие "государственный банк данных о детях, оставшихся без попечения родителей" и установил дополнительные требования к процедуре усыновления (удочерения). Известны эти поправки и введением в Кодекс статьи под названием "Недопустимость посреднической деятельности по усыновлению детей", фактически создавшей

предпосылки для посредничества в иностранном усыновлении. Отметая возможность прибегнуть к услугам посредников для российских кандидатов в усыновители, законодатель такую возможность предоставил иностранцам, создав правовую почву для деятельности на территории Российской Федерации представительств иностранных агентств по усыновлению. Законопроект, вновь предлагающий запрет такой деятельности, в феврале 2007 г. Государственной Думой был отклонен <1>.

<1> Проект N 316140-4. Здесь и далее не будет ссылок на официальные источники, в которых были опубликованы использованные в статье нормативные акты и их проекты, поскольку все документы взяты автором из СПС "КонсультантПлюс". Автор выражает глубокую признательность компании "КонсультантПлюс" за предоставленную информационную поддержку.

Последующее принятие Федерального закона от 16 апреля 2001 г. N 44-ФЗ "О государственном банке данных о детях, оставшихся без попечения родителей" дополнило круг нормативных правовых актов семейного законодательства и завершило формирование специального "законодательства о государственном банке данных о детях" (см. ст. 2).

Поправки, внесенные в СК Федеральным законом от 28 декабря 2004 г. N 185-ФЗ, продолжили реформу института усыновления. На фоне резкого роста числа детей, усыновленных иностранцами и вывезенными за рубеж, весьма скромными оказались показатели внутрироссийского усыновления. Это подвигло депутатов Комитета Государственной Думы РФ по делам женщин, семьи и молодежи к внесению в Думу законопроекта, некоторым образом усложняющего процедуру усыновления российских детей иностранцами и лицами без гражданства (увеличение срока, в течение которого ребенку подыскивается семья в России), а также, напротив, облегчающего усыновление россиянами (допущение отступлений в части требований, предъявляемых к материальному положению усыновителя). Отмечаемые в последние два года снижение абсолютного показателя усыновлений российских детей иностранцами и рост данных о российском усыновлении связывают в том числе и с этим законодательным решением.

Но не все законодательные инициативы в отношении СК были одинаково успешны. К сожалению, на данный момент осталась неразрешенной проблема допустимой нижней границы брачного возраста - ст. 13 СК. В ноябре 2002 г. Совет Федерации отклонил законопроект, предусматривающий упорядочение регистрации "ранних" браков (между лицами, не достигшими 16 лет). А ведь депутаты Государственной Думы РФ всего лишь предлагали обеспечить единый подход в решении вопроса о снижении брачного возраста на всей территории России, подчеркнуть исключительность данной меры в отношении лиц, достигших возраста 14 лет, при наличии строго определенных в федеральном законе особых обстоятельств <1>. К моменту внесения проекта в Думу уже 19 субъектов РФ воспользовались возможностью, предоставленной абз. 2 п. 2 ст. 13 СК, и разрешили вступление в брак на своих территориях лицам, не достигшим 16 лет. Вместе с тем порядок и условия регистрации таких браков существенно различались и во многом вступали в противоречие с федеральным законодательством. Согласно проекту в любом субъекте РФ в виде исключения при наличии особых обстоятельств органы местного самоуправления по месту жительства лиц, желающих вступить в брак, могли бы разрешать вступить в брак лицам в возрасте от 14 до 16 лет по их просьбе.

<1> Проект N 191278-3.

Эта вполне разумная законодательная инициатива, к сожалению, была расценена как пропаганда раннего вступления подростков в сексуальные отношения и в связи с этим не была поддержана. Между тем подобным образом уйти от проблемы ранних браков невозможно. Задача права состоит в том, чтобы констатировать факт и хотя бы легализовать сложившиеся взаимоотношения подростков (в тех ситуациях, когда это действительно необходимо). По всей видимости, к изменению редакции ст. 13 СК законодатель просто вынужден будет вернуться.

Инициатива, о которой было сказано выше, не посягала на основные начала семейного законодательства, чего нельзя сказать о других законопроектах. В 2000 г. Государственная Дума отклонила проект, внесенный депутатом С.С. Семеновым <1>, предусматривающий, что "граждане вправе создавать полигамную семью из одного мужчины и нескольких женщин. Общее число супругов в полигамной семье не может превышать пяти человек". Сходная законодательная инициатива была предпринята в 1999 г. Президентом Республики Ингушетии, предлагавшим разрешить законами субъектов Российской Федерации допускать на своей территории легальную полигамию <2>. Пояснительные записки к данным законопроектам обосновывали новеллу как одно из единственных средств улучшения показателей рождаемости. Однако очевидно, что законодательное признание полигамных союзов не способно решить демографических проблем и, напротив, с учетом действия норм о совместной собственности супругов может серьезно осложнить гражданский оборот, складывающийся в российском праве.

<1> Проект N 90801827-3.

<2> Проект N 99074279-2.

Не меньшее удивление вызвали и законодательные инициативы депутата А.В. Митрофанова, одна из которых фактически отбрасывала семейное законодательство на столетие назад. Проект предусматривал передачу ребенка при разводе родителей тому из них, кто зарабатывает не менее 3 МРОТ; исключительно добровольное содержание ребенка со стороны отца, не состоящего в браке с матерью; ограничение размера алиментов, взыскиваемых в пользу "внебрачных" детей, суммой, составляющей сто минимальных размеров оплаты труда <1>. Как указывалось в пояснительной записке, сейчас на практике "суд решает об алиментных взысканиях в пользу матери вне зависимости от того, хотел ли отец рождения ребенка и давал ли он согласие на его рождение". Указанные предложения в случае их принятия вступили бы в противоречие со ст. 65 СК, предоставляющей право жить с ребенком тому родителю, проживание с которым отвечает интересам ребенка, поделили бы детей на законнорожденных и незаконнорожденных, получающих ограниченные суммы содержания. Дискриминация "незаконнорожденных" детей - положение, категорически противоречащее ст. 2 и иным положениям Конвенции ООН о правах ребенка. Острая "контрженская" направленность присутствует и в другом проекте этого же депутата, предполагавшем ввести для родителя, с которым проживает ребенок, обязанность в "произвольной форме" ежемесячно отчитываться перед плательщиком алиментов (см. пояснительную записку) <2>.

<1> Проект N 175012-4.

<2> Проект N 307014-4.

Однако после принятия Семейного кодекса РФ проявлял активность не только законодатель. Не стояла на месте и правовая наука. На фоне практически полного отсутствия в начале 1990-х годов внимания цивилистов к проблемам семейных правоотношений во второй половине 1990-х годов и далее, в особенности в начале 2000-х годов, заметно увеличилось число серьезных научных исследований в сфере семейного законодательства <1>. И все же далеко не все проблемы семейных правоотношений исследованы глубоко. Так, например, остаются практически за рамками научного интереса вопросы правового регулирования внебрачных отношений, видов внебрачных союзов, ответственности супругов по обязательствам, реализации права ребенка на общение и пр. В результате некоторого дефицита научного внимания к проблемам семейного законодательства часто слышатся непродуманные высказывания о необходимости реформирования положений о браке, об отношениях супругов, об алиментных обязательствах и пр. Реформа - серьезный процесс, затрагивающий сущностные основы институтов, что вряд ли необходимо и целесообразно на данном этапе развития общественных отношений. Как видится, более рациональным было бы поступательное совершенствование норм и институтов семейного законодательства, не затрагивающее его основных начал.

<1> См., напр.: Малинова А.Г. Категория "интерес" в семейном праве: Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003; Цветков В.А. Приемная семья как форма устройства детей, оставшихся без попечения родителей, по законодательству Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2005; Косова О.Ю. Семейно-правовое регулирование отношений по предоставлению содержания членам семьи: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005; Мардахаева П.Н. Лишение родительских прав как мера семейно-правовой ответственности: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

3. Основные направления дальнейшего развития и совершенствования семейного законодательства Российской Федерации

Отдельные нормы и (или) институты семейного законодательства в разной степени нуждаются в дальнейшем развитии и совершенствовании. Однако необходимо иметь в виду, что основные позиции СК вряд ли требуют пересмотра. Речь идет прежде всего о зарегистрированном браке - правовом состоянии, порождающем и общность нажитого имущества, и право наследовать за супругом, и презумпцию отцовства мужа матери, и другие важные правовые последствия. Не стоит ожидать в обозримом будущем признания государственной властью в России однополых браков <1>, а также узаконения многоженства или многомужества. Впрочем, очевидно и то, что законодатель не должен игнорировать фактические браки, ранние браки и другие социальные явления, стремительно развивающиеся в настоящее время.

<1> Хотя суждения о целесообразности придания юридического значения однополым союзам высказываются в литературе. См., напр.: Алексеев Н.А. Гей-браки: семейный статус однополых пар в международном, национальном и местном праве. М., 2002. С. 399 - 400.

Некоторые направления возможного совершенствования семейного законодательства были обозначены нами ранее <1>. Постараемся акцентировать внимание на вопросах, не получивших рассмотрения.

<1> См.: Михеева Л.Ю. Десятилетний юбилей СК РФ: итоги и перспективы развития семейного законодательства // Семейное и жилищное право. 2007. N 1; Она же. Ответственность родителей за воспитание детей: направления реформы законодательства // Семейное и жилищное право. 2005. N 4.

Центральной проблемой в судебной практике становится применение норм СК об имуществе супругов. К сожалению, эти положения не вполне согласуются с нормами гражданского права, в частности, о недвижимости и о юридических лицах. В результате этого сохраняется устоявшееся за десятилетия восприятие общей совместной собственности супругов как института, регулирующего отношения "личной" собственности граждан (ст. 13 Конституции РСФСР 1978 г.). Частная собственность граждан (ст. 35 Конституции РФ) - не просто другой термин, это еще и качественно иные общественные отношения, охватывающие сферу производства и присвоения материальных благ.

Такой устаревший подход, своего рода анахронизм, отражается, например, на решении вопроса об отнесении денежных средств к общему имуществу супругов. Принято считать, что такие средства являются общими при условии, что они "получены" одним из супругов (п. 2 ст. 34 СК). Таким образом, имущественное право (например, право требования оплаты работ, возникшее у супруга-подрядчика по договору подряда) как объект правоотношений супругов не рассматривается. В то же время в семейно-правовой литературе и судебной практике не отвергается принадлежность к общему имуществу вкладов, внесенных одним из супругов в банк в период брака (вне зависимости от происхождения внесенных средств). С точки зрения цивилистики в сравниваемых случаях нет разницы в правах требования, и если каждое из них возникло в период брака, то по смыслу ст. 34 СК оба права требования должны пополнить состав общего имущества супругов <1>. В этой связи чрезвычайно знаменателен тот факт, что с 1 января 2008 г. вступает в действие новая редакция ст. 36 СК, которая отныне будет носить название "Имущество каждого из супругов". Уходит в небытие понятие "собственность каждого из супругов" как термин неточный, смещающий акценты в сторону вещных отношений, а кроме того, не отражающий возможностей супруга в сфере интеллектуальных прав (ст. 1226 ГК).

<1> Весьма детальный обзор позиций по вопросу об обязательственных правах как объектах общей совместной собственности супругов с учетом толкования используемого в гл. VII СК понятия "имущество" представлен Е.А. Чефрановой. См.: Чефранова Е.А. Механизм семейно-правового регулирования имущественных отношений супругов. М., 2007. С. 200 - 204.

Таким образом, назрела необходимость проведения некоторой ревизии положений СК о законном режиме имущества супругов: уточнения объектов общей совместной собственности супругов ("доли в капитале, внесенные в кредитные учреждения или в иные коммерческие организации"), круга сделок, для совершения которых одному из супругов требуется нотариально удостоверенное согласие другого супруга <1>, приведения норм СК в соответствие с положениями гражданского законодательства об основаниях и моменте возникновения права собственности, о защите добросовестного приобретателя имущества. Так, например, требует решения известная проблема применения ст. 35 СК, предоставляющей супругу право на оспаривание сделки, совершенной с общим имуществом без его согласия, но не учитывающей прав и интересов добросовестного приобретателя этого имущества.

<1> На устранение этих и некоторых других недостатков гл. 7 и 8 СК нацелен проект N 287703-4, внесенный в апреле 2006 г. в Государственную Думу депутатом И.И. Саввиди. К сожалению, и редакцию, предлагаемую этим проектом, нельзя назвать безупречной.

Напомним, что режим общей совместной собственности вместе с принципом равенства супругов приносит немалую пользу охране семейных ценностей. Этот режим создает фидуциарные правоотношения, при нормальном развитии которых имущественная масса супругов увеличивается, а необходимость в определении размера ее прироста попросту отсутствует. Если супруги не расторгают брак и проживают вместе, то этот режим как нельзя лучше подходит для них и их потомков, которые рано или поздно унаследуют все имущество, нажитое их родителями.

Революционная смена режима общности приобретений супругов вряд ли нужна современному российскому обществу.

Вместе с тем, отмечая необходимость корректировки норм об имуществе супругов, подчеркнем и целесообразность научной проработки идеи о введении в законодательство альтернативной модели законного режима имущества супругов, которую можно было бы избрать при вступлении в брак (не исключено - режима раздельности). Такое решение не требует заключения брачного договора, может быть легко принято супругами и удобно воплощено в жизнь путем заполнения стандартного формуляра. Однако надо признать, что такого рода диспозитивные приемы требуют создания и ведения специального реестра имущественных режимов супругов, отсутствие которого, кстати, в настоящее время не способствует защите интересов тех кредиторов, чьи должники заключили брачные договоры (ст. 46 СК).

Так, например, Гражданский закон Латвийской Республики предусматривает внесение в регистр имущественных отношений супругов "установленных брачными договорами имущественных отношений супругов, насколько они должны иметь силу в отношении третьих лиц, а также иных указанных в законе сведений". Регистры общедоступны, выписки из них публикуются в печати. Более того, сведения о внесении информации в регистр имущественных отношений отражаются в паспорте лица, состоящего в браке.

Российскому законодателю помимо очевидно необходимого уточнения положений ст. 42 СК следует подумать и о редакции ст. 46 СК, не дающей точного ответа на вопрос о том, где и какую информацию об имуществе потенциальных должников - граждан, состоящих в браке, могут получить кредиторы. Состояние в браке - суть состояние инкогнито в имущественной сфере. Внешние признаки и даже правоустанавливающие документы могут свидетельствовать в пользу наличия у имущества только одного собственника, а неизвестные контрагенту факты - в пользу отношений совместной собственности (долевой - в случаях, предусмотренных брачным договором), исключая де-факто защиту его интересов даже при использовании способов обеспечения исполнения обязательств. В судебной практике существует немало примеров того, как залогодержателю, заключившему с должником в необходимой форме договор залога, не удавалось обратить взыскание на предмет залога, относящийся к общей совместной собственности супругов <1>.

<1> См., напр., Постановление Президиума ВАС РФ от 29 февраля 2000 г. N 8236/99.

Вместе с тем надо признать, что недостаточная распространенность в Российской Федерации института брачного договора связана с причинами не только правового, но и экономического, а также ментального характера.

Немалая часть проблем семейного законодательства связана с процедурой регистрации рождения ребенка. В последнее десятилетие стремительно развиваются медицинские технологии, в результате чего растет число детей, рожденных с применением методов искусственной репродукции человека. Услуги медиков-репродуктологов все более востребованы у россиян, кроме того, стало популярным обращение иностранных граждан к помощи доноров и суррогатных матерей - граждан Российской Федерации.

Нет сомнений в том, что уже в недалеком будущем в России широко распространятся судебные споры о материнстве и отцовстве, связанные с искусственной репродукцией (отдельные споры уже имели место). Решение таких дел в настоящее время осложнено правовым вакуумом, ведь российское законодательство практически не затрагивает эти вопросы. Нормы, содержащиеся в ст. 35 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья, а также в ст. ст. 51 и 52 СК, явно недостаточны. По сути дела, все отношения в этой сфере пытается урегулировать подзаконный акт - Приказ Минздрава России от 26 февраля 2003 г. N 67 "О применении вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) в терапии женского и мужского бесплодия". Такое положение дел недопустимо. Большинство правоотношений, складывающихся при применении ВРТ, имеют гражданско-правовую природу, что требует соблюдения правил ст. 3 ГК, допускающих издание актов министерств и иных федеральных органов исполнительной власти не в любых случаях, а только в случаях и пределах, предусмотренных ГК, иными федеральными законами и иными правовыми актами.

В результате на законодательном уровне не урегулировано множество сложных ситуаций - искусственное оплодотворение и имплантация эмбриона после смерти генетического родителя; использование криоконсервированных (замороженных) эмбрионов после развода или после смерти супругов - генетических родителей; уничтожение эмбрионов; создание эмбриона и его имплантация по просьбе лица, не состоящего в браке; отказ генетического родителя-заказчика или суррогатной матери от выданного ранее согласия на проведение процедур <1>. Отсутствие специального правового поля в области вспомогательных репродуктивных технологий порождает немало проблем и в практике донорских отношений.

<1> Интересно заметить, что о некоторых из этих проблем в отечественной литературе упоминалось еще в 1980 г. См.: Мискарян Е.Г. О правовом регулировании применения метода искусственного оплодотворения // Материалы Всесоюзной научно-практической конференции "Проблемы советского семейного права". М., 1980. С. 41 - 42.

Однако большее значение имеет не устранение ситуативных пробелов в действующих нормативных правовых актах, а комплексное правовое решение проблем искусственной репродукции человека. Законодательно не обеспечены принципы правового регулирования этой чрезвычайно деликатной сферы человеческих отношений, не определены с достаточной степенью ясности используемые в этой области понятия: "зачатие", "эмбрион", "клонирование" и др.

Представляется, что налицо необходимость скорейшей разработки и принятия закона "Об искусственной репродукции человека и связанных с ней процедурах" (или иного федерального закона) <1>. Подобного рода нормативный правовой акт мог бы выступить в качестве основы формирования законодательства в сфере искусственной репродукции человека, поскольку мог бы сформировать прежде всего принципы правового регулирования этих отношений. Нет сомнений в том, что это морально-правовые принципы, одним из которых является принцип обеспечения приоритетной защиты прав и интересов ребенка (ст. 1 СК).

<1> Так, например, в Республике Казахстан в 2004 г. был принят Закон "О репродуктивных правах граждан и гарантиях их осуществления".

К сожалению, интересы ребенка (в том числе и не родившегося) зачастую вступают в конфликт с так называемым правом человека на репродукцию. Постановка вопроса о существовании субъективного права такого рода встречается в целом ряде научных работ <1>, сложилось и некоторое законодательное его закрепление. Российское законодательство отчасти интуитивно исходит из принципиальной возможности признания воспроизводства человека в качестве объекта его прав. Право на репродукцию может быть рассмотрено и как составной элемент правоспособности физического лица. Однако пределы репродуктивного права (или прав) и порядок его осуществления не определены ни законодательно, ни доктринально.

<1> Так, М.Н. Малеина рассматривает "правомочия на проведение искусственного оплодотворения, имплантации эмбриона, искусственного прерывания беременности, стерилизации... как правомочия права на здоровье". См.: Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2000. С. 62. О нескольких репродуктивных правах, вытекающих из свободы решать вопросы деторождения, пишет О.А. Хазова. См.: Хазова О.А. Репродуктивные права в России: пределы законодательного регулирования // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2000. N 4. С. 16. Доказательства естественно-правовой природы репродуктивных прав (прав, связанных с осуществлением репродуктивной функции человека) приводит Ю.В. Павлова. См.: Павлова Ю.В. Репродуктивная функция организма как форма реализации конституционного права человека на жизнь: Автореф. канд. дис. М., 2007. Несколько более осторожен Г.Б. Романовский, упоминающий о необходимости сопоставить с субъективным правом одного лица корреспондирующую обязанность другого: "Должно ли государство предоставить мужчине "государственную жену"?". См.: Романовский Г.Б. Гносеология права на жизнь. СПб., 2003. С. 141.

В этой связи прежде всего необходимо уточнить круг лиц, которые вправе, осуществляя свои права в сфере репродукции, прибегнуть к ВРТ. Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан предоставляют такую правовую возможность исключительно совершеннолетней женщине. Между тем ст. 51 СК определяет круг таких лиц более широко: "лица, состоящие в браке и давшие свое согласие в письменной форме на применение метода искусственного оплодотворения или на имплантацию эмбриона". Таким образом, к числу граждан, имеющих право на применение ВРТ, отнесены супруги - мужчина и женщина, зарегистрировавшие брак.

Вместе с тем упоминавшийся ранее Приказ Минздрава России от 26 февраля 2003 г. N 67 "О применении вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) в терапии женского и мужского бесплодия" значительно сужает круг лиц, имеющих право на ВРТ, исключая из него, во-первых, граждан, не страдающих бесплодием, не поддающимся терапии, а во-вторых, граждан, имеющих ряд заболеваний, создающих угрозу для будущего ребенка (или для матери - в случае экстракорпорального оплодотворения). Вместе с тем в Приказе упоминается и об отсутствии полового партнера у женщины как об основании проведения ее искусственной инсеминации. Таким образом, предполагается, что незамужняя женщина вправе обратиться к услугам медиков-репродуктологов не только в случаях, когда она не способна выносить ребенка, но и когда она фактически не имеет возможности обзавестись ребенком естественным способом.

Приведенные положения Приказа Минздрава России нельзя воспринимать всерьез при определении круга субъектов, имеющих право на применение ВРТ, поскольку это акт подзаконный, вступающий по этой причине в противоречие с вышеуказанными Законами. Однако в подходах, использованных в Приказе, отчетливо виден здравый смысл.

Очевидно, что законодатель, очерчивая в будущем круг лиц, которые могут воспользоваться ВРТ, должен быть крайне осторожен и будет принужден разрешить ряд сложнейших вопросов, имеющих прежде всего морально-этический характер.

На поверхности лежит и вопрос о возрасте граждан, обращающихся за применением ВРТ. В настоящее время не исключается проведение ряда процедур, в том числе экстракорпорального оплодотворения с переносом эмбрионов в полость матки суррогатной матери, по просьбе ("заказу") граждан старше 50 - 60 лет. Таким образом, процесс воспитания ребенка будет происходить уже за пределами среднего возраста генетического родителя ("заказчика"). Безусловно, история знает немало случаев рождения детей пожилыми родителями, не обращавшимися к помощи медиков-репродуктологов, а также не только рождения, но и последующего воспитания детей до вполне совершеннолетнего возраста. Более того, запретить пожилому человеку обзавестись ребенком естественным путем невозможно - подобная правовая норма не может быть воспринята в обществе как справедливая. Таким образом, решение проблемы возраста "заказчика" не может быть простым <1>.

<1> Требуется в этой связи законодательного закрепления и обязательное предварительное обследование "заказчиков" - лиц, обращающихся к вспомогательным репродуктивным технологиям. Представляется, что крайне необходимы не только обследование состояния соматического здоровья лица, но и выявление у него возможных психических отклонений, а также психологическая консультация и помощь. Безусловно, такой подход к применению ВРТ, отсеивающий случайные обращения, не связанные в действительности с непреодолимой потребностью не только родить, но и воспитать ребенка, возможен исключительно тогда, когда ВРТ не рассматривается как бизнес. Об этом см.: Романовский Г.Б. Указ. соч. С. 216.

Требуется решения также и проблема применения ВРТ по просьбе (заказу) мужчины и женщины, не состоящих в зарегистрированном браке <1>. Фактически ст. 51 СК не дает возможности лицам, не состоящим в зарегистрированном браке, напрямую обратиться к ВРТ. Сделать это может лишь партнер-женщина. Упомянутый выше Приказ Минздрава России придерживается этого подхода, допуская к экстракорпоральному оплодотворению и использованию суррогатного материнства исключительно супружеские пары. Тем не менее за рубежом широко распространено применение ВРТ по просьбе пациентов, не состоящих в зарегистрированном браке. Такого рода потребность существует и у российских граждан, а с учетом правовых тенденций признания свобод человека ограничивать их правовые возможности требованием о регистрации брака нельзя. Разрешение мужчине и женщине, не состоящим в зарегистрированном браке, прибегнуть к ВРТ, влечет за собой необходимость решения проблемы совершения записи об отцовстве. При искусственном оплодотворении женщины, не состоящей в браке, могут быть применены следующие нормы:

<1> 10% пар, позиционирующих себя в качестве супругов, не регистрируют брак. Более того, ежегодно вне зарегистрированного брака рождается около 400 тыс. детей, что составляет около 30% от общего числа детей, родившихся в течение года.

1) п. 2 ст. 48 СК, в соответствии с которым, если ребенок родился в течение 300 дней с момента расторжения брака, признания его недействительным или с момента смерти супруга матери ребенка, отцом ребенка признается супруг (бывший супруг) матери, если не доказано иное. Иное может быть доказано лишь судебным решением, вступившим в законную силу (ст. 52 СК). Как правило, эта норма весьма четко и недвусмысленно понимается работниками загса, которые записывают в качестве отца ребенка бывшего мужа матери, даже если она просит этого не делать - оставить в записи акта о рождении ребенка прочерк (п. 23 Правил заполнения бланков записей актов гражданского состояния и бланков свидетельств о государственной регистрации актов гражданского состояния) или записать в качестве отца мужчину, давшего на это согласие (п. 3 ст. 48 СК).

Такой подход, без сомнения, подлежит применению не только в отношении регистрации рождения детей, зачатых естественным путем, но и в случаях применения ВРТ. Однако вопрос о приоритете презумпции отцовства бывшего мужа матери над ее волей и "социального" отцовства над генетическим не настолько прост и требует взвешенного законодательного решения. Думается, здесь должно быть принято во внимание право ребенка знать своих родителей (ст. 7 Конвенции ООН о правах ребенка, ст. 54 СК);

2) п. 3 ст. 48 Семейного кодекса, предоставляющий любому мужчине право подать вместе с незамужней женщиной соответствующее заявление. Генетическая связь между мужчиной и ребенком в данном случае не имеет значения, что отражается и на правилах о невозможности оспаривания записи, совершенной при таких обстоятельствах (п. 2 ст. 52 СК). В этой связи пара, не состоящая в зарегистрированном браке, прибегая к экстракорпоральному оплодотворению, может рассчитывать и на донорскую сперму. Главным моментом является своевременная подача совместного заявления матерью ребенка и ее партнером (форма N 12, утвержденная Постановлением Правительства РФ от 31 октября 1998 г. N 1274);

3) ст. 49 СК, в соответствии с которой происхождение ребенка от конкретного лица (отцовство) может быть установлено в судебном порядке при наличии любых доказательств, с достоверностью подтверждающих происхождение ребенка от конкретного лица. Традиционным для данной категории дел доказательством стало заключение экспертизы, проведенной методом "генетической дактилоскопии" <1>. В случаях, если партнер женщины, не состоящей в браке, предоставил для применения ВРТ свою сперму, положительный результат генетической экспертизы станет основанием для вынесения судом решения об установлении отцовства;

<1> См. п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25 октября 1996 г. N 9 (ред. от 6 февраля 2007 г.) "О применении судами Семейного кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел об установлении отцовства и о взыскании алиментов".

4) ст. 50 СК, предоставляющая возможность совершения записи об отце в случае смерти лица, которое признавало себя отцом ребенка, но не состояло в браке с матерью ребенка, при условии признания им своего отцовства. Доказательством в этой ситуации будет выступать добровольное согласие на медицинское вмешательство, данное мужчиной до начала применения ВРТ.

Принцип приоритета генетического родства в третьем и четвертом случае оправдан, поскольку отец ребенка выражает свое согласие на проведение соответствующих процедур. Однако судебная процедура установления отцовства (установления факта признания отцовства) представляется в таких ситуациях излишней. Необходимо обсуждение вопроса об административном порядке установления отцовства (безусловная запись в органах загса при наличии ранее выданного согласия мужчины) в случаях предоставления мужчиной, не состоящим в браке, генетического материала для применения ВРТ.

Снятие законодательного запрета на обращение мужчины и женщины, не состоящих в зарегистрированном браке, к помощи суррогатной матери также сопряжено с некоторыми правовыми проблемами.

Если законодатель решится устранить из ст. 51 СК оборот "лица, состоящие в браке" и заменить его иным (например, "мужчина и женщина"), то согласие женщины-партнерши, выданное до начала соответствующих процедур, гарантирует совершение записи о матери. При условии, что заявления, сделанные "заказчицей" и суррогатной матерью, не будут отозваны, матерью ребенка будет записана его генетическая мать (если, разумеется, пара не прибегала к донорству ооцитов).

Понятно, что действующее законодательство не устанавливает специальных правил совершения записи об отце ребенка в такого рода ситуации. Применение общих правил о добровольном и о судебном установлении отцовства (ст. ст. 48 - 50 СК) в этом случае в принципе возможно. Мужчина-партнер ("заказчик") при его желании может быть записан отцом одновременно с регистрацией рождения ребенка на основании совместного заявления, поданного им и генетической матерью ("заказчицей").

Применение ВРТ в отношении пар, не состоящих в зарегистрированном браке, связано и с оспариванием записи об отце. Если рожденный ребенок будет иметь генетическое родство только с женщиной-партнером (использовались ее ооциты), но не будет иметь кровной связи с мужчиной-партнером (использовалась донорская сперма), то к этой ситуации будет применяться п. 2 ст. 52 СК, в соответствии с которым требование лица, не являющегося мужем матери, но записанного отцом ребенка, об оспаривании отцовства не может быть удовлетворено, если в момент записи этому лицу было известно, что оно фактически не является отцом ребенка. Соглашаясь на использование донорской спермы при применении ВРТ и обращаясь в загс с заявлением о добровольном установлении отцовства, мужчина-партнер должен осознавать и допускать невозможность дальнейшего оспаривания совершенной записи об отце ребенка.

Наконец, немаловажное значение имеет проблема использования мужчиной и женщиной донорского материала без привлечения собственных гамет. Ребенок может быть рожден при использовании донорских криоконсервированных эмбрионов, ооцитов и спермы (см. разд. 6 Инструкции по применению методов вспомогательных репродуктивных технологий, утвержденной Приказом Минздрава России от 26 февраля 2003 г.). Не исключается при этом и использование услуг суррогатной матери. Полагаем, нет сомнений в том, что отсутствие генетического родства между ребенком и хотя бы одним из партнеров (в том числе и состоящих в зарегистрированном

браке) не может повлечь за собой совершение записи о родителях ребенка в отношении этих лиц. Использование донорских услуг в данном случае фактически уравнивает ВРТ и усыновление. Думается, что правовые процедуры и последствия в таких случаях должны быть сходны. Принятие этого подхода связано с обсуждением проблемы правового статуса (режима) эмбриона.

В прессе уже обсуждался вопрос о том, "может ли мужчина родить ребенка" <1>. Нам представляется, что постановка этого вопроса не вполне корректна. Рождение ребенка все же представляет собой определенный физиологический процесс, который в условиях современной медицины без женщины невозможен. Поэтому мужчины могут иметь детей. Издавна известно, что родство между мужчиной и ребенком не всегда возникает в результате естественных процессов зачатия. Так, существует так называемое "социальное" родство, в сущности признание ребенка своим со стороны мужчины, не состоящего с ним в генетической связи.

<1> Профессор Л.К. Айвар дала на него положительный ответ. См.: Айвар Л.К. Правовое положение суррогатного материнства в России. Пробелы законодательства // Юридический мир. 2006. N 2; СПС "КонсультантПлюс".

Громкая история, в которой фигурировала клиника г. Екатеринбурга, осуществившая имплантацию суррогатной матери эмбриона, полученного при использовании спермы умершего сына заказчицы, наряду с иными аналогичными случаями, имевшими место за рубежом, поставила перед законодателем вопрос о допустимости рождения ребенка без совершения записи о матери. Не обращая пока к проблеме рождения детей после смерти их генетических родителей, остановимся на вопросе применения ВРТ по просьбе только одного лица - в данном случае мужчины. Приоритет генетического родства, основанный на праве ребенка знать своих родителей, диктует необходимость законодательного допущения таких ситуаций.

Наши соображения всякий раз исходят из предполагаемых охраняемых законом интересов ребенка. В рассматриваемом аспекте вопрос о том, быть ребенку или не быть, решают не двое родителей (супруги), а один. Статья 35 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан допустила такую возможность в отношении женщины, не состоящей в браке. С опорой на п. 3 ст. 19 Конституции РФ мы должны признать, что и холостой мужчина должен иметь возможность реализовать свою репродуктивную функцию.

Если российская правовая система считает необходимым наделить генетических родителей ("заказчиков") возможностью принимать решения о начале или прекращении другой жизни, то такую возможность необходимо четко и недвусмысленно закрепить не только для женщин, но и для мужчин. Противиться этому процессу бессмысленно, он начат давно и развивается поступательно. Философам, юристам и социологам останутся лишь размышления о причинах и последствиях свершившегося - законодательного разрешения аборт по воле женщины (ст. 36 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан), разрешения уничтожения (редукции) эмбрионов (разд. 1 Инструкции по применению методов вспомогательных репродуктивных технологий, утвержденной Приказом Минздрава России от 26 февраля 2003 г.), а теперь и рождения ребенка по заказу мужчины - генетического отца (или, как это имело место в упомянутом случае, его родственников).

Понимая жизнь как наивысшее благо (ст. ст. 2 и 20 Конституции РФ), мы должны признать, что решение о создании новой жизни может принять любой из генетических родителей. Однако такой принцип, основанный на интересах будущего ребенка, требует адекватного воплощения в законодательстве. При формировании законодательных норм, определяющих порядок записи об отце ребенка, рожденного в результате ВРТ, при условии, что методы искусственной репродукции применялись по просьбе генетического отца без цели создания правовых последствий в сфере материнства, необходимо в качестве определяющего фактора учесть свободное и добровольное волеизъявление мужчины. Думается, что это лицо не может "дать обратный ход" своему решению, а в случае отказа отца забрать ребенка запись об отцовстве должна совершаться помимо его воли. Кроме того, должны подлежать применению процедуры лишения родительских прав и неблагоприятные правовые последствия - взыскание алиментов и пр. Впрочем, абсолютно такой же подход необходимо использовать в случаях рождения ребенка по "заказу" одинокой женщины.

Очевидно и то, что лица, состоящие в зарегистрированном браке, не могут обращаться к ВРТ без согласия своего супруга. Нельзя, например, допустить возможность рождения ребенка по "заказу" мужчины - генетического отца, состоящего в браке с женщиной, которая не будет записана матерью ребенка. Такие конструкции разрушат брак, подорвут его лично-доверительную основу. Совершенно очевидно, что для совершения подобных процедур необходимо предварительно расторгнуть брак супругов, который как личностная связь, по-видимому, уже распался.

Круг субъектов, имеющих право на искусственную репродукцию (если такое право и может быть признано субъективным правом), теоретически может быть расширен и за счет однополых пар, однако вряд ли российский законодатель в ближайшее время решится положительно ответить на этот вопрос.

Действующее законодательство не исключает обращения к ВРТ совершеннолетней незамужней женщины. В случае если такая женщина состоит в так называемом однополном "браке", запись о матери должна быть совершена в общем порядке. Понятно, что согласие партнерши матери при этом не имеет и не может иметь значение. Но вот запись об отце ребенка - более сложная нравственно-юридическая проблема. Тенденция признания и уважения однополых союзов наравне с традиционной семьей уже привела к разрешению законодательством ряда стран усыновления детей однополыми супругами. Допущение совершения записи об отце в отношении женщины-партнерши, как и записи о матери в отношении отца-партнера, окончательно сотрет грань между полами. Сами понятия "мать" и "отец" перестанут иметь значение, законодатели вынуждены будут заменить его юридическим термином "родитель" ("усыновитель") <1>.

<1> Н. Рулан предлагает различать пол (sex) и род (gender) как более гибкое понятие. См.: Ковлер А.И. Антропология права: Учебник для вузов. М., 2002. С. 423 - 424. Как видится, А.И. Ковлер более осторожен в оценках тенденций гомосексуальности союзов, нежели Н. Рулан.

В этой связи уместно привести высказывание судьи Европейского суда по правам человека в отношении сходной нравственно-юридической проблемы: "Если предположить, что один из родителей любого пола подвергнется операции по смене пола, чтобы приобрести внешние - анатомические или иные - черты противоположного биологического пола, было бы верхом абсурда считать, что отец стал матерью или тетей или что мать стала отцом или дядей собственного ребенка" <1>. Таким образом, законодательное разрешение использования ВРТ однополыми парами перевернуло бы с ног на голову не только юридическую терминологию, но и, что более важно, все представления о родстве и семейных отношениях, наследовании, алиментировании и других правовых последствиях. Игнорирование этой проблемы, т.е. допущение фактического воспитания однополыми партнерами ребенка, рожденного с использованием генетического материала одного из них, тоже порождает правовые последствия, в том числе предусмотренные ст. 96 СК.

<1> Особое мнение судьи Уолша по делу "Б. против Франции" (Постановление Европейского суда по правам человека от 25 марта 1992 г.).

Очевидно, что вопрос о круге граждан, которым могут предоставляться услуги по применению ВРТ, требует четкого и в высшей степени продуманного законодательного решения. Следует ограничить этот круг. При этом интересы медицинского бизнеса не могут оправдать открытый, публичный характер адресуемых населению предложений по оказанию репродуктивных услуг. Даже допуская на доктринальном уровне существование субъективного права человека на воспроизводство себе подобных (или права на воспроизводство как элемента правоспособности), крайне необходимо помнить, что искусственная репродукция - скорее исключение, нежели правило. Это вынужденная мера, которая должна применяться в ограниченном числе ситуаций.

Возведение права на репродукцию в абсолют в случаях применения ВРТ может привести к неконтролируемому самоудовлетворению подчас не до конца осознанных потребностей, к эгоизации рождения, в конечном итоге - к превращению ребенка в вещь, в средство удовлетворения сиюминутных потребностей взрослого человека. В отечественном праве и зарубежных правовых системах режим гамет приближен к режиму вещей. Это же зачастую имеет место и в отношении эмбрионов, что неминуемо влечет игнорирование субъективных прав будущего человека - нерожденного ребенка. И если в случаях естественного зачатия вмешательство права в жизнь людей практически невозможно, да и нецелесообразно, то применение ВРТ как процесс искусственный не только разрешает, но и обязывает законодателя детально его отрегулировать. Интересы будущих детей, как видится, являются в этом вопросе основным ориентиром.

Следующая проблема семейного законодательства также в немалой степени связана с обеспечением правового статуса ребенка. С каждым годом все большую актуальность для правоприменительной практики приобретают вопросы осуществления родительских прав.

С одной стороны, участвовавшие случаи обращения за помощью в этом вопросе со стороны родителей свидетельствуют об их желании исполнять родительские обязанности и о верном понимании своего родительского статуса. С другой стороны, во многих случаях дети в спорах между бывшими супругами выступают в качестве объекта спора, а не самостоятельного субъекта прав и обязанностей.

К сожалению, действующее семейное законодательство не обеспечивает урегулирование таких конфликтов на ранних стадиях и в интересах детей.

В соответствии со ст. 24 СК при расторжении брака в судебном порядке в случае, если отсутствует соглашение между супругами или оно нарушает интересы детей, суд обязан, во-первых, определить, с кем из родителей будут проживать несовершеннолетние дети после

развода, а во-вторых, определить, с кого из родителей и в каких размерах взыскиваются алименты на их детей. Это правило требует в большинстве ситуаций, чтобы суд, руководствуясь п. 3 ст. 196 ГПК РФ, вышел за пределы заявленных истцом требований и разрешил два указанных вопроса по существу. Между тем очень часто суд, приняв к рассмотрению заявление о расторжении брака между супругами, у которых имеются общие несовершеннолетние дети, не обращает внимания на то, достигнуто ли между супругами соглашение о месте жительства и о содержании детей. Отсутствие заявленного требования о взыскании алиментов, к сожалению, неправомерно расценивается судами как наличие между супругами соглашения.

Неисполнение судами указанного императивного требования ст. 24 СК влечет нарушение прав и интересов детей. Зачастую даже после развода место жительства ребенка продолжает оставаться неопределенным. Результатом этого является и неопределенность в вопросе о том, кто именно из родителей имеет право осуществлять полномочия законного представителя ребенка, а кому предоставлена лишь возможность общения. Практика показывает, что по прошествии нескольких лет родитель, с которым проживает ребенок, вынужден разыскивать бывшего супруга для того, чтобы, например, решить проблемы, связанные с заключением сделок от имени ребенка в соответствии со ст. 28 ГК, или получить разрешение второго родителя на въезд в государство, устанавливающее строгие правила пересечения границ несовершеннолетними лицами.

Такая же неопределенность сохраняется после вынесения судебного решения и в вопросе о содержании ребенка. Случается, что родитель, проживающий отдельно, на момент расторжения брака обещает предоставлять ребенку содержание и настаивает на том, чтобы алименты с него в принудительном порядке не взыскивались. Однако после развода он меняет место своего жительства и скрывает свое имущество. Поскольку договоренность между супругами не была оформлена в соответствии со ст. 100 СК, отсутствие судебного документа (судебного решения или приказа) не позволяет в такой ситуации обеспечить ребенку право на получение содержания. Между тем п. 2 ст. 24 СК прямо обязывает суд в подобных случаях рассмотреть вопрос о содержании ребенка. Неисполнение этой обязанности может лишить ребенка возможности получать содержание.

Надо отметить, что встречаются и прямо противоположные ситуации. Родитель, проживающий отдельно, регулярно выплачивает содержание на ребенка или предоставляет его в натуральной форме, однако не оформляет своего соглашения в установленном порядке (в том числе при разводе в суде). По прошествии некоторого времени родитель, с которым проживает ребенок, обращается в суд с требованием о взыскании алиментов за прошедший период со ссылкой на ст. 107 СК РФ. Необходимость доказывать факт добровольного исполнения обязанности по содержанию ложится на родителя, проживающего отдельно. В таких случаях нарушения прав родителей могло бы не быть, если бы суды своевременно, в одном и том же производстве по делу о расторжении брака, устанавливали наличие между супругами договоренности и придавали ей требуемую законом форму (например, форму определения об утверждении мирового соглашения сторон - ст. 173 ГПК РФ).

Норма о выходе суда за пределы заявленных требований появилась в СК не внезапно. Статья 34 Кодекса о браке и семье РСФСР 1969 г. также устанавливала, что если между супругами нет соглашения о том, при ком из них будут проживать дети после расторжения брака и в каком размере будут выплачиваться средства на содержание детей, суд обязан при вынесении решения о расторжении брака определить, при ком из родителей и кто из детей остается, а также с кого из родителей и в каком размере взыскиваются алименты на содержание детей.

Между тем это положение критикуется в литературе. Так, Л.А. Смолина, присоединяясь к мнению В.М. Жуйкова, отмечающего неиспользование судами указанных возможностей выхода за пределы заявленных требований, пишет, что п. 2 ст. 24 СК РФ нарушает принцип состязательности гражданского процесса, а потому требует исключения из семейного законодательства вместе с судебной процедурой развода как таковой <1>. К сожалению, автор не предлагает альтернативных способов охраны прав и интересов несовершеннолетних детей взамен обсуждаемой нормы. Вряд ли такую роль может выполнить соглашение между разводящимися супругами, ведь в подавляющем большинстве случаев оно просто недостижимо. Принцип свободы договора (п. 1 ст. 421 ГК) в сочетании с основными началами семейного законодательства (ст. 1 СК), а также осуществлением семейных прав по усмотрению правообладателя (п. 1 ст. 7 СК), на наш взгляд, исключает возможность понуждения разводящихся супругов к заключению договоров о детях.

<1> См.: Смолина Л.А. Правовое регулирование отношений супругов и бывших супругов: Дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2006. С. 42 - 43.

В соответствии со ст. 65 СК место жительства детей при раздельном проживании родителей устанавливается соглашением родителей, однако не все родители приходят к такому

добровольному соглашению (или заключают его, но затем отказываются исполнять). При отсутствии соглашения спор между родителями разрешается судом, исходя из интересов детей и с учетом мнения детей. Обстоятельства, которые при этом должен рассмотреть суд, носят оценочный характер - привязанность ребенка к каждому из родителей, нравственные и иные личные качества родителей и пр. Именно для того, чтобы наиболее полным образом установить эти обстоятельства и дать им соответствующую оценку, суд обязан привлечь к участию в деле об определении места жительства ребенка орган опеки и попечительства, который, в свою очередь, в соответствии с п. 2 ст. 78 СК обязан провести обследование условий жизни ребенка и лица (лиц), претендующего на его воспитание, и представить суду акт обследования и основанное на нем заключение по существу спора. Привлечение органа опеки и попечительства к участию в деле необходимо и в случаях, когда вопрос о месте жительства ребенка решается на основании ст. 24 СК.

Однако СК не определяет, какой именно орган опеки и попечительства должен составлять итоговое заключение по существу спора - орган опеки по месту фактического жительства ребенка или по месту фактического жительства отдельно живущего родителя. По смыслу ст. 78 СК РФ и ст. ст. 47 и 56 ГПК РФ при наличии заключений, поступивших от двух органов опеки и попечительства, суд обязан рассмотреть оба. При этом в соответствии со ст. 67 ГПК РФ суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств. Никакие доказательства не имеют для суда заранее установленной силы.

Между тем суды зачастую игнорируют положительные заключения, полученные родителем, проживающим отдельно от ребенка, в органах опеки и попечительства по своему месту жительства, и приобщают к делу только заключения, представленные органом опеки и попечительства по месту жительства (пребывания) ребенка. Такое положение дел нарушает права и охраняемые интересы ребенка (ст. ст. 54, 55 СК). Представляется, что в целях наилучшего обеспечения защиты интересов детей следует прямо закрепить в ст. 78 СК обязательность получения заключений от органов опеки и попечительства по месту жительства (пребывания) как ребенка, так и родителя, проживающего отдельно от него.

Наконец, серьезные трудности связаны с осуществлением родительских прав родителем, проживающим отдельно, в тех случаях, когда место жительства ребенка уже определено в установленном законом порядке (судом или соглашением сторон - п. 3 ст. 65 СК). В соответствии со ст. 61 СК родители имеют равные права и несут равные обязанности в отношении своих детей (родительские права). Раздельное проживание родителя и ребенка не прекращает родительских прав (ст. 66 СК), и в силу абз. 2 п. 1 ст. 64 СК оба родителя являются законными представителями ребенка. Даже установление места жительства ребенка с одним из родителей в предусмотренном законом порядке (по соглашению сторон или по решению суда - п. 3 ст. 65 СК) по действующему законодательству не изменяет отношений законного представительства.

Вместе с тем совместное осуществление родителями прав по законному представительству зачастую практически невозможно при раздельном проживании. Нередко один из родителей проживает на значительном расстоянии от ребенка и принимает весьма несущественное участие в воспитании ребенка, ограничиваясь в лучшем случае исполнением обязанностей по его содержанию. Однако в целом ряде жизненных ситуаций волеизъявление этого лица как законного представителя является необходимым. Так, в соответствии со ст. 28 ГК родители как законные представители совершают сделки от имени малолетних, а на основании ст. 26 ГК родители предоставляют письменное согласие на совершение сделки несовершеннолетним ребенком в возрасте от 14 до 18 лет. В соответствии со ст. 30 Федерального закона "Об исполнительном производстве" права несовершеннолетних осуществляются в исполнительном производстве законными представителями - их родителями. На основании ст. 32 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан медицинское вмешательство в отношении несовершеннолетнего, не достигшего 15 лет, осуществляется только с согласия его законных представителей. Целый ряд федеральных законов и других нормативных правовых актов подразумевает совместное осуществление обоими родителями функций по законному представительству несовершеннолетнего ребенка в отношениях, регулируемых отраслями как частного, так и публичного права.

Не всегда для лишения родительских прав отдельно проживающего родителя существуют достаточные основания. Более того, применение этой меры в качестве вынужденного средства решения вопросов законного представительства в отношении ребенка вряд ли оправданно.

В этой связи хотелось бы предложить законодателю уточнить абз. 2 п. 1 ст. 64, наделив полномочиями по законному представительству прав и интересов ребенка того родителя, с которым установлено место жительства ребенка в порядке, предусмотренном п. 3 ст. 65 СК. Это положение должно быть диспозитивным, и его следует применять в случае раздельного проживания родителей, если иное не установлено соглашением между родителями или решением суда (например, ст. 24 СК). Такая новелла, по сути дела презумпция законного представительства

со стороны того родителя, с которым остался ребенок, позволит обеспечить в том числе и более оперативную защиту прав и законных интересов несовершеннолетних детей.

Необходимо также иметь в виду, что "вольное" распределение между родителями функций по законному представительству ребенка, т.е. решение этого вопроса соглашением сторон, основанным на их полном усмотрении, способно причинить вред интересам ребенка, самих родителей, а также некоторым образом затронуть устойчивость гражданского оборота. В интересах обеспечения действительности совершаемых от имени ребенка сделок, как нам видится, условие соглашения родителей, затрагивающее вопросы законного представительства ребенка, может быть сформулировано только в двух вариантах. Первый - законное представительство осуществляет только один родитель (может быть, в течение определенного срока), а второй - законное представительство осуществляет один из родителей, однако для совершения юридически значимых действий ему необходимо предварительное согласие второго родителя.

Однако воплощение идеи о закреплении презумпции законного представительства, осуществляемого родителем, с которым проживает ребенок, со всей закономерностью потребует от российского законодателя решения и другого вопроса. К сожалению, в России большинство соглашений о месте жительства детей и порядке общения с ними заключаются вне судебных процедур. В сущности эти соглашения находятся вне судебного, нотариального или иного публичного контроля, поскольку не нуждаются в каком бы то ни было удостоверении или регистрации (ст. 66 Семейного кодекса). В результате ребенок нередко выступает в роли отступных в споре об имуществе. Такое положение дел, по нашему мнению, не отвечает мировым стандартам защиты прав и интересов ребенка.

Представляется необходимым рассмотреть вопрос об обязательном утверждении судом всех соглашений, заключаемых между родителями по поводу осуществления родительских прав, - соглашений о месте жительства ребенка, о порядке общения с ним, об осуществлении законного представительства и пр. Заключение соглашений под контролем суда позволит избежать злоупотреблений правом со стороны родителей.

О проблеме ответственности родителей и лиц, их заменяющих, за ненадлежащее исполнение обязанностей по отношению к детям уже многое сказано <1>. Следует только добавить, что дополнительного обсуждения заслуживает природа и назначение института ограничения родительских прав. Представляется, что подход к этому институту может быть изменен, сам институт может использоваться как обязательная процедура, предшествующая лишению родительских прав, - своего рода предупреждение родителю. Возможно, в СК следует внести изменения, закрепляющие исключительный характер лишения родительских прав, допустимого только в крайних и очевидных ситуациях. Во всяком случае, такая идея достаточно часто и вполне аргументированно высказывается при обсуждении проблем профилактики детской безнадзорности.

<1> Напомним, что одной из первых работ по этой проблеме была монография А.Е. Казанцевой. См.: Казанцева А.Е. Обязанности и права родителей (заменяющих их лиц) по воспитанию детей и ответственность за их нарушение. Томск, 1987. О возможных направлениях изменения норм, устанавливающих ответственность родителей, в современных условиях см.: Михеева Л.Ю. Ответственность родителей за воспитание детей: направления реформы законодательства // Семейное и жилищное право. 2005. N 4.

Вопросы совершенствования института алиментных обязательств не теряют своей актуальности на протяжении десятилетий. Этот уникальный правовой институт, позволяющий одновременно защитить права и интересы нуждающихся членов семьи, сократить расходы публичной власти на оказание помощи этим категориям граждан, выполняет еще и важные воспитательные функции. Можно предположить, что неэффективность этого института отчасти способствует и излишне легкому и безответственному отношению многих мужчин и женщин к последствиям интимных связей (наряду со свободой брака, свободой аборта и иными факторами).

Не случайно поэтому законодатель обратил внимание на проблемы уплаты и взыскания алиментов. В сентябре 2007 г. Комитет Государственной Думы РФ по делам женщин, семьи и детей провел круглый стол по вопросу об алиментных обязательствах, на котором была представлена Концепция реформирования законодательства об алиментах. Этот же вопрос был предметом пристального внимания рабочей группы по совершенствованию семейного законодательства, созданной в рамках подготовки к проведению в 2008 г. в Российской Федерации Года семьи.

Наиболее активно обсуждается наболевший вопрос о размере твердой денежной суммы, в которой в соответствии со ст. 83 СК могут быть взысканы алименты на содержание несовершеннолетних детей. Отмечается противоречивость судебной практики и практики деятельности судебных приставов-исполнителей. Суды, как правило, ориентируются при

вынесении судебных решений и приказов на ст. 1 Федерального закона N 82-ФЗ "О минимальном размере оплаты труда", устанавливающую минимальный размер оплаты труда с 1 сентября 2007 г. в сумме 2300 руб. в месяц. К такому толкованию законодательства склоняется Верховный Суд Российской Федерации, полагая, что этот подход поможет защитить интересы несовершеннолетних и нетрудоспособных членов семьи.

Однако на основании ст. 3 указанного Федерального закона минимальный размер оплаты труда применяется для регулирования оплаты труда и определения размеров пособий по временной нетрудоспособности. Применение минимального размера оплаты труда для других целей не допускается. Таким образом, размер МРОТ, установленный для алиментных платежей, может быть определен только на основании абз. 2 ст. 5 Федерального закона N 82-ФЗ "О минимальном размере оплаты труда", в соответствии с которым исчисление платежей по гражданско-правовым обязательствам, установленных в зависимости от минимального размера оплаты труда, производится с 1 января 2001 г. исходя из базовой суммы, равной 100 руб. После указанной даты и по сей день размер МРОТ для алиментных платежей и других гражданско-правовых обязательств не изменялся. Именно такую позицию (надо признать, абсолютно верную) в отношении этого вопроса занимает и Федеральная служба судебных приставов. В результате судебные решения и приказы, выносимые, казалось бы, в интересах детей, на самом деле им противоречат.

Представляется, что семейное законодательство уже не связано необходимостью исчислять размер алиментов в МРОТ или иных условных единицах. В условиях относительной экономической стабильности такого рода механизмы являются излишними. Алименты могут взыскиваться в твердой сумме в рублях, например 5000 руб. ежемесячно (в соглашении сторон - также определяться через "валютную" или иную оговорку - ст. 317 ГК), а при необходимости изменения размера взыскания получатель алиментов всегда может воспользоваться положением, содержащимся в ст. 119 СК.

Не случайно законодатель фактически отказался от использования так называемых механизмов индексации сумм, выплачиваемых на содержание гражданина, т.е. средств защиты от инфляции. Федеральным законом от 26 ноября 2002 г. N 152-ФЗ в ст. 318 ГК были внесены существенные изменения, предполагающие индексацию сумм, выплачиваемых по денежному обязательству непосредственно на содержание гражданина (в возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью, по договору пожизненного содержания и др.) с учетом уровня инфляции только в порядке и случаях, которые предусмотрены законом. Однако такого федерального закона не существует и он не предвидится.

Представляется целесообразной поддержка предложений о снятии законодательного запрета на погашение алиментных обязательств неплательщика за счет его жилого дома (квартиры) или земельного участка и об изменении в целом для случаев взыскания алиментов закрепленного в ст. 446 ГПК РФ перечня имущества, на которое не может быть обращено взыскание; о расширении перечня видов доходов должника, из которых удерживаются суммы алиментов; о введении административной ответственности работодателей за занижение официальных данных о размерах фактически получаемой работником заработной платы, об ужесточении уголовной ответственности за уклонение от уплаты алиментов на несовершеннолетних детей и иных членов семьи; об удержании алиментов на несовершеннолетних детей до начисления сумм налога на доходы физического лица; о закреплении порядка полного возмещения родителями, не исполняющими своих обязанностей по воспитанию детей, расходов по содержанию детей в детских государственных и муниципальных учреждениях; о расширении оснований для взыскания сумм дополнительных расходов в порядке ст. ст. 86 и 88 СК.

В то же время необходимо четко осознавать, что не все законодательные рычаги будут работать в достаточной степени эффективно. По нашему мнению, вышеперечисленные меры не способны полностью искоренить самый распространенный в России способ неуплаты алиментов - укрывательство плательщиком доходов и имущества. Это явление вызвано комплексом причин экономического, социального, духовного плана, а перспективы побороть его могут быть связаны только с качественно новым витком общественного развития.

Некоторые иные предложения, звучавшие в преддверии Года семьи, тоже вряд ли способны повлиять на повышение эффективности института алиментных обязательств. Так, например, Совет Федерации внес в Государственную Думу законопроект, предполагающий увеличение размера процентов, предусмотренных п. 2 ст. 115 СК, взыскиваемых при образовании задолженности по вине плательщика алиментов, с одной десятой до одного процента ^{<1>}. Таким образом, при размере неустойки в связи с образованием задолженности по уплате алиментов, равном 1% в день, годовой размер этой неустойки составит 365%.

^{<1>} Проект N 239953-4.

В настоящее время санкция, аналогичная закреплённой в ст. 115 СК, предусмотрена рядом норм гражданского законодательства (ст. ст. 395, 486 - 488, 588, 811, 835, 856, 866, 885, 937, 1107 ГК). Постановление Пленума Верховного Суда РФ N 6, Пленума ВАС РФ от 1 июля 1996 г. N 8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" разъяснило, что в отношениях между организациями и гражданами Российской Федерации подлежат уплате проценты в размере единой учетной ставки Центрального банка Российской Федерации по кредитным ресурсам, предоставляемым коммерческим банкам (ставка рефинансирования). В соответствии с решением совета директоров Центрального банка Российской Федерации (Протокол N 13 от 18 июня 2007 г.) начиная с 19 июня 2007 г. ставка рефинансирования Банка России установлена в размере 10% годовых.

Как видно, штрафных санкций столь значительного размера (365% годовых) законодатель не предусматривает даже в отношениях между предпринимателями. Вряд ли целесообразно, а главное, вряд ли возможно наложение такого рода санкций на физическое лицо - плательщика алиментов.

Кроме того, взыскание упомянутой неустойки с плательщика алиментов потребует отдельного обращения получателя алиментов в суд с иском, а также последующего исполнения нового судебного решения в порядке, определяемом Федеральным законом "Об исполнительном производстве" (гл. VI). Очевидно, что при отсутствии у плательщика средств и имущества для исполнения основной алиментной обязанности невозможно будет взыскать и неустойку по алиментному обязательству.

Не имеет права на существование и процедура "автоматического" начисления такого рода неустойки самим судебным приставом-исполнителем. Законная неустойка, предусмотренная ст. 115 СК, - санкция, со всей очевидностью относящаяся к мерам ответственности. Применяться она может исключительно при наличии вины плательщика - физического лица <1>. Вопрос о вине представляет собой предмет спора о праве и может быть разрешен только судом.

<1> Об этом упоминает и Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25 октября 1996 г. N 9 (ред. от 6 февраля 2007 г.) "О применении судами Семейного кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел об установлении отцовства и о взыскании алиментов": "Такая ответственность не может быть возложена на плательщика, если задолженность по алиментам образовалась по вине других лиц, в частности, в связи с несвоевременной выплатой заработной платы, задержкой или неправильным перечислением алиментных сумм банками и т.п."

Неоднозначно могут быть оценены также и идеи повышения размера взыскиваемых в судебном порядке алиментов на несовершеннолетних детей; законодательного закрепления минимального размера, ниже которого не может производиться уплата и взыскание алиментов на содержание несовершеннолетних детей; предоставления права на получение алиментов совершеннолетним детям, обучающимся в высших учебных или средних профессиональных заведениях (или совершеннолетним детям плательщика до достижения ими 21 года).

В частности, спорно утверждение о возможности закрепления в законе минимального размера алиментов. Тем более сомнительна привязка такого минимума к прожиточному минимуму населения или иной аналогичной величине. Такое решение вступило бы в противоречие с принципом индивидуального подхода к разрешению семейных споров. Более взвешенными представляются закреплённые в действующем СК положения о том, что размер алиментов определяется судом исходя из максимально возможного сохранения ребенку прежнего уровня его обеспечения с учетом материального и семейного положения сторон и других заслуживающих внимания обстоятельств (ст. 83), а также о возможном изменении размера уплачиваемых алиментов при изменении материального или семейного положения одной из сторон (ст. 119). Не исключаются ситуации, в которых суд вынужден будет взыскивать алименты в пользу несовершеннолетних в размере, меньшем, чем установленный законом минимум (например, в пользу 17-летнего студента с родителя-инвалида, располагающего только пенсией в качестве дохода).

Завершая обзор направлений развития семейного законодательства, нельзя не остановиться на совершенствовании форм устройства детей, оставшихся без попечения родителей. Эта проблематика хорошо известна не только юристам, но и широкой общественности, вовлеченной в обсуждение проблем иностранного усыновления, планов по роспуску детских домов и поиску сиротам заменяющих семей. В качестве предварительного замечания следует упомянуть о том, что острота проблем усыновления, опеки и приемной семьи вызвана ростом числа детей, оставшихся без попечения родителей (как правило, из так называемых социально неблагополучных семей), и незначительным числом российских граждан, желающих принять детей в свои семьи. Нет сомнений в том, что при другой социальной обстановке в России не обсуждались бы альтернативные формы устройства детей, которые их изобретатели рассматривают как панацею.

В сущности в юридической природе есть две разновидности устройства детей: усыновление как постоянная форма устройства, устройство навсегда, и опека - форма временная, не приравнивающая подопечного ребенка к родному. Об этом писали в отечественной литературе <1>. Поэтому мы склонны рассматривать всякого рода договорные разновидности форм устройства детей, предполагающие пребывание ребенка под надзором в жилом помещении гражданина, получающего вознаграждение за услуги по воспитанию (приемная семья, патронатное воспитание, семейный детский дом), в качестве видов опеки <2>. Усыновлением это никто не осмелится назвать.

<1> "По сути дела, советское законодательство о браке и семье имеет в виду две формы устройства в семью". См.: Право и защита семьи государством / Отв. ред. В.П. Мозолин, В.А. Рясенцев. М., 1987. С. 45. См. также: Ершова Н.М. Опека и попечительство над несовершеннолетними по советскому праву: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1957. С. 56.

<2> См.: Михеева Л.Ю. Опека и попечительство: теория и практика. М., 2004.

В этой связи дальнейшее развитие форм устройства детей, оставшихся без попечения родителей, видится лишь в совершенствовании норм об усыновлении и об опеке (попечительстве). Второе направление обещает стать в ближайшее время чрезвычайно перспективным. В проекте Федерального закона "Об опеке и попечительстве" <1> заложена концепция договора об осуществлении опеки или попечительства, который, во-первых, может применяться для устройства взрослых подопечных, а во-вторых, может отразиться на нескольких разновидностях опеки над несовершеннолетними.

<1> В настоящее время рассматривается Государственной Думой за N 184675-4. Впервые был опубликован автором этих строк в журнале "Современное право" (2002. N 2. С. 11).

Однако, как представляется, не в этом состоит главное преимущество предлагаемого законопроекта. Его задача - положить основу формирования законодательства об опеке и попечительстве, состоящего из норм как гражданского права, так и права публичного, включающего в себя источники федерального уровня и уровня субъектов Российской Федерации.

При том что СК с 1996 г. предусматривает такую договорную форму воспитания детей, как приемная семья, за последние годы в субъектах Российской Федерации стремительно развивалась практика передачи детей в патронатные семьи. Чиновники разного уровня объясняли это целым рядом причин - конкурентно низким уровнем расходов, выплачиваемых из бюджета патронатным воспитателям, возможностью сохранить детские дома, активным лоббированием этой практики со стороны Министерства образования и науки Российской Федерации, другими причинами. Однако когда законодательные акты о патронате были приняты в более чем 30 регионах, стало ясно, что институт приемной семьи, абсолютно тождественный патронату с точки зрения правовой природы, был построен в СК неудачно. Устранить его недостатки - задача проекта Федерального закона "Об опеке и попечительстве", а также проекта Федерального закона "О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "Об опеке и попечительстве" <1>.

<1> N 184681-4.

Предлагаемое в последней редакции законопроекта "Об опеке и попечительстве" решение об отнесении патронатного воспитания к разновидностям опеки по договору положит конец дискуссии о трудо-правовой или гражданско-правовой сущности патроната. Это решение сопровождается предоставлением субъектам Российской Федерации не только возможности определить размер выплат патронатным воспитателям и объем предоставляемых им социальных льгот, но и возможности перечислить в региональном законодательстве те случаи, в которых возможно заключение подобного договора (фактически публично-правовые по природе основания для понуждения органа опеки и попечительства к заключению договора).

При этом законопроект вовсе не предполагает "отдать" на уровень субъекта Российской Федерации непосредственное регулирование внутренних правоотношений по опеке и попечительству при патронатном воспитании. И уж тем более невозможно передать субъектам решение вопроса о законном представительстве в отношении детей. Эти участки отношений по патронатному воспитанию со всей очевидностью принадлежат предмету гражданско-правового регулирования. Именно эта абсолютно объективная причина и предопределила место патроната в системе договоров гражданского права. Справедливости ради надо признать, что сущностных различий между патронатом и приемной семьей при таком подходе не останется. Обе конструкции со всей закономерностью подпадают под действие гл. 39 ГК и будут различаться, помимо наименования, количеством принимаемых детей, размерами вознаграждения, условиями

социального, педагогического, психологического и иного сопровождения, тем самым различаясь на территориях таких разных (в бюджетном смысле) регионов России.

Итак, к числу институтов семейного законодательства, требующих безотлагательных коррективов, в настоящее время следует отнести:

- правоотношения в связи с применением методов искусственной репродукции человека;
- осуществление родительских прав;
- ответственность родителей за ненадлежащее исполнение обязанностей по отношению к детям;
- алиментные обязательства членов семьи;
- выявление и устройство детей, оставшихся без попечения родителей.

Именно эти институты сосредоточили в себе узловые проблемы современного семейного законодательства, а проблемы реализации семейных прав в этих сферах являются в настоящее время наиболее острыми и требуют скорейшего решения.

ГОЛОВИНА С.Ю.

КОДИФИКАЦИЯ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Трудовое законодательство России начало формироваться в XIX в., когда стала очевидной невозможность регулирования трудовых отношений исключительно методами гражданского права и была осознана необходимость государственного вмешательства в частные отношения наемных работников и работодателей. Сначала в России принимаются отдельные разрозненные законы, устанавливающие некоторые ограничения хозяйской власти работодателей, а также направленные на защиту наиболее уязвимых категорий трудящихся (женщин и подростков), затем законодательство приобретает некоторые черты кодификации, о чем свидетельствуют акты, содержанием которых является комплексное правовое регулирование наемного труда. Самым значительным результатом дореволюционного этапа кодификации становится Устав о промышленном труде 1913 г.

Первым заметным нормативным актом, касающимся условий найма рабочих на промышленные предприятия, стало Положение об отношениях между хозяевами фабричных заведений и рабочими людьми, поступившими на оные по найму, утвержденное 24 мая 1835 г. В нем содержалось важнейшее социальное установление - вступление в трудовые отношения должно быть основано на добровольности. Однако на этом свобода договора заканчивалась. До истечения срока договора стороны не могли его расторгнуть, за исключением случаев неисполнения работником обязанностей или "дурного поведения", дающих хозяину право уволить работника. В Положении было предусмотрено также издание правил внутреннего распорядка, обязательного для исполнения работниками.

Конфликты между работниками и работодателями обусловили постановку вопроса о введении процедур рассмотрения трудовых споров. В 1865 г. был разработан законопроект о промышленных судах по рассмотрению трудовых споров, который был направлен на заключение в Министерство внутренних дел, но так и не был рассмотрен. Однако беспорядки на строительстве Волго-Донской железной дороги побудили правительство ввести Временные правила о найме рабочих при использовании казенных и общественных работ, а отмена крепостного права привела к утверждению в 1863 г. Временных правил найма сельскохозяйственных рабочих. Во второй половине XIX в. усиливаются факторы, которые явились катализатором создания нормативной базы для регулирования отношений в сфере наемного труда, - многочисленные акции протеста рабочих против невыносимых условий труда. За два десятка лет было принято несколько основополагающих законов, которые впоследствии создали правовую основу для первого кодифицированного акта - Устава о промышленном труде.

Специальным законом, направленным на защиту наиболее уязвимой группы трудящихся, стал Закон от 1 июня 1882 г. "О малолетних, работающих на заводах, фабриках, мануфактурах". Закон установил предельный возраст приема на работу - 12 лет, ввел запрет на использование труда малолетних в ночное время, в воскресные и праздничные дни, на вредных и изнурительных работах, ограничил продолжительность рабочего времени для несовершеннолетних от 12 до 15 лет восьмичасовым рабочим днем. Для надзора за исполнением Закона была учреждена фабричная инспекция, наделенная полномочиями составлять при участии полиции протоколы о нарушениях законодательства и передавать их в суд, поддерживать там обвинения против нарушителей.

Закон от 3 июня 1885 г. "О воспрещении ночной работы несовершеннолетним и женщинам на фабриках, заводах и мануфактурах" продолжил формирование института охраны труда. Для женщин и подростков в возрасте до 17 лет были запрещены ночные работы с 21.00 до 5.00 (впоследствии "границы" ночного времени были изменены - с 22.00 до 4.00) на хлопчатобумажных, полотняных и шерстяных фабриках, т.е. на предприятиях с преимущественным использованием

труда женщин и несовершеннолетних. Закон носил временный характер, он был принят на три года.

Закон от 3 июня 1886 г. "Об утверждении проекта правил о надзоре за фабричной промышленностью, о взаимных отношениях фабрикантов и рабочих и об увеличении числа чинов фабричной инспекции" был первым нормативным актом, содержащим зачатки кодифицированного источника. В нем комплексно решались вопросы найма и увольнения работников, документального оформления трудовых отношений (посредством выдачи расчетной книжки), оплаты труда (включая периодичность выплаты заработной платы не реже одного раза в месяц), дисциплины труда (в частности, применения штрафных санкций за нарушение правил внутреннего распорядка, самовольное оставление работы), государственного контроля за соблюдением установленных правил.

Закон от 2 июня 1897 г. "О продолжительности и распределении рабочего времени в заведениях фабрично-заводской и горной промышленности" ограничил продолжительность рабочего времени (11,5 часа в дневное время, 10 часов по субботам и накануне праздников) и установил обязательные для всех работодателей 66 дней отдыха в календарном году - воскресные дни и общегосударственные праздники (1 и 6 января, 25 марта, 6 и 15 августа, 8 сентября, 25 и 26 декабря, Пяток и Суббота Страстной недели, понедельник и вторник пасхальной недели, День Вознесения Господня и второй день Праздника Сошествия Святого Духа <1>). Впервые в Законе дается понятие сверхурочной работы, явившееся прообразом сегодняшней дефиниции: это "работа, производимая рабочим в промышленном заведении в то время, когда по правилам внутреннего распорядка ему не полагается работы". По сути, данный Закон, а также принятые в его развитие Правила о продолжительности и распределении рабочего времени в заведениях фабрично-заводской промышленности от 29 сентября 1897 г. положили начало формированию институтов рабочего времени и времени отдыха. Некоторые правовые нормы (например, об ограничении сверхурочных работ 120 часами в год) дошли до наших дней и зафиксированы в нынешнем Трудовом кодексе РФ.

<1> Примечательно, что для рабочих "инославных вероисповеданий" разрешалось не вносить в расписание те праздники, которые не чтутся их религией. Зато можно было вносить в расписание иные праздничные дни "сообразно закону их веры".

Параллельно в конце XIX в. начинает развиваться законодательство о социальном страховании, создаются кассы и общества взаимопомощи рабочих, а уже в начале следующего столетия принимается Закон от 15 мая 1901 г., которым вводятся Временные правила о пенсиях рабочим казенных горных заводов и рудников, утратившим трудоспособность на заводских и рудничных работах, а 2 июня 1903 г. принимается Закон "О вознаграждении потерпевших вследствие несчастных случаев рабочих и служащих, а равно членов их семей в предприятиях фабрично-заводской, горной и горнозаводской промышленности", которым устанавливается материальная ответственность владельцев предприятий за вред, причиненный здоровью работников в результате производственной травмы. Возмещение устанавливалось в виде пособий и пенсий, выплачиваемых владельцами предприятий либо страховыми компаниями (если работодатели застраховали своих работников). Закон также определил порядок расследования и учета несчастных случаев.

Закон от 10 июня 1903 г. "Об учреждении старост в промышленных предприятиях" заложил основы для развития института представительства работников, легализовав посредническую деятельность старост, выражающих и защищающих интересы работников в отношениях с работодателями <1>.

<1> Об истории становления и развития в России трудового права и социального обеспечения см. подробнее: Курс российского трудового права: В 3 т. Т. 1: Общая часть / Под ред. Е.Б. Хохлова. СПб., 1996; Хохлов Е.Б. Очерки истории правового регулирования труда в России. Ч. 1: Правовое регулирование труда в Российской империи. СПб., 2000; Киселев И.Я. Трудовое право России. Историко-правовое исследование: Учебное пособие. М., 2001. С. 74, 31; Лушников М.В., Лушников А.М., Тарусина Н.Н. Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений. Ярославль, 2001. С. 33 - 67.

Таким образом, к началу XX в. государство фрагментарно урегулировало отдельные аспекты отношений в сфере наемного труда. Причем, как отмечают специалисты, законотворчество определялось не столько гуманистическими, сколько полицейскими целями - уменьшить социальную напряженность и предотвратить массовые беспорядки рабочих, вызванные их тяжелым экономическим положением. Исследователи делают вывод о том, что трудовое право зародилось как отрасль, регулирующая социальные конфликты и взаимодействие труда и капитала. При этом регулирование отношений, опосредующих наемный труд, осуществлялось

правовыми нормами различной отраслевой принадлежности: договор личного найма регламентировался гражданским правом, а ограничения в сфере трудовых отношений и контрольно-надзорные полномочия государственных органов устанавливались полицейским (административным) правом <1>.

<1> Лушникова М.В., Лушников А.М., Тарусина Н.Н. Указ. соч. С. 65.

Первая дореволюционная инкорпорация законодательства о труде связана с разработкой в 1913 г. Устава о промышленном труде, который был включен в Свод законов Российской империи <1>. В нем были обобщены действовавшие на тот момент разрозненные акты о трудовом найме работников. Е.Б. Хохлов делает вывод, что "Устав о промышленном труде не является результатом кодификации, поскольку его содержание составили нормы, уже действовавшие в рамках других нормативных актов и не подвергавшиеся каким-либо изменениям и согласованию при включении в новый Устав". Одновременно указывается, что его создание явилось большим шагом на пути упорядочения и систематизации уже сложившегося и действующего трудового законодательства и появление данного акта стало предпосылкой для следующего шага - кодификации законодательства о труде <2>. В юридической литературе принято рассматривать Устав о промышленном труде как прообраз будущих российских кодексов законов о труде <3>.

<1> Свод законов Российской империи. Т. XI. Ч. 2. СПб., 1913.

<2> Хохлов Е.Б. Очерки истории правового регулирования труда в России. Ч. 1: Правовое регулирование труда в Российской империи. С. 85.

<3> См., например: Киселев И.Я. Трудовое право России. Историко-правовое исследование: Учебное пособие. С. 10.

Устав о промышленном труде состоял из четырех разделов. В первом разделе "О надзоре за промышленными предприятиями" была закреплена система органов "по надзору за соблюдением на фабриках, заводах и горных промыслах должного благоустройства, порядка и безопасности", определены их полномочия, предусмотрено формирование фабричной инспекции как специализированного надзорного органа.

Второй раздел "Об условиях труда в промышленных предприятиях" закрепил установленные ранее правила о найме рабочих, зафиксировал перечень оснований расторжения договора, в том числе за виновные действия рабочего, урегулировал вопросы оплаты труда (в частности, установил периодичность ее выплаты, запрет расчетов в неденежной форме). Провозглашено право уволенного обжаловать расторжение договора суду, который может в случае признания жалобы обоснованной вынести решение о выплате рабочему вознаграждения за понесенные им убытки. Закреплены гарантии для работников, в частности право на расторжение договора в случае невыплаты заработной платы, противоправных действий со стороны хозяина (побои, тяжкое оскорбление, дурное обращение, нарушение условий по снабжению пищей и помещением), в случае, если работа разрушительно действует на его здоровье, и некоторые другие.

Законодательное закрепление получают ранее принятые правила о работах подростков и женщин, о найме малолетних, положившие начало дифференциации в трудовом праве. Формируются институт дисциплины труда (устанавливается содержание правил внутреннего распорядка, подробно регламентируется порядок применения дисциплинарных взысканий), институты рабочего времени и времени отдыха (нормируется рабочее время, закрепляется расписание праздников, в которые не полагаются работы, ограничивается сверхурочная работа). На промышленных предприятиях учреждаются старосты, уполномоченные выступать от имени работников перед хозяевами предприятий и должностными лицами, осуществляющими надзор в сфере труда, - по делам, касающимся исполнения условий найма, а также быта рабочих.

Устав о промышленном труде также установил ответственность за нарушение нормативных актов о промышленном труде и урегулировал вопросы социального обеспечения рабочих и служащих промышленных предприятий (третий и четвертый разделы).

Таким образом, все основные правила, регулирующие применение наемного труда, выработанные государством во второй половине XIX - начале XX в., были сведены в одном нормативном акте и систематизированы по разделам, что позволяет говорить о "прорыве" трудового законодательства, о начале новой эры правовой регламентации отношений в сфере наемного труда.

Заслуга создания научной основы для формирования трудового права принадлежит выдающемуся российскому ученому Льву Семеновичу Талю. Его фундаментальная работа "Трудовой договор. Цивилистическое исследование" (ч. 1) была издана в 1913 г. в Ярославле. В ней впервые были выделены и проанализированы признаки трудового договора, которые до сих пор (хотя и с некоторой оправданной временем деформацией) составляют содержание законодательной дефиниции: 1) работник на время предоставляет работодателю свою рабочую

силу (обязуется выполнять определенную работу); 2) от нанявшегося по трудовому договору требуется личное исполнение работы; 3) работник подчиняется хозяйской власти работодателя (в современном звучании - правилам внутреннего трудового распорядка); 4) нанявшийся имеет право на вознаграждение за труд независимо от того, воспользовался работодатель его трудами или нет.

В российском законодательстве дореволюционного периода договор найма рабочих квалифицировался как гражданско-правовой договор личного найма, т.е. договор, в силу которого одно лицо за вознаграждение приобретало право временного возмездного пользования трудом другого лица. Однако Устав промышленного труда скорректировал нормативную базу, закрепив специальные правила относительно использования наемного труда, далеко выходящие за рамки только частного правового регулирования. В совокупности с последними достижениями юридической науки это обусловило постановку вопроса о формировании новой отрасли законодательства, наименование которой дал основной вид договора, опосредующего отношения между работником и работодателем, названного в конечном итоге трудовым.

События 1917 г. ознаменовали очередную реформу трудового законодательства и придали ускорение процессу "вызревания" трудового права. Временное правительство поставило задачу развития и совершенствования законодательства о труде и даже успело разработать проект закона о трудовом договоре <1>, который не был принят в связи с известными событиями октября 1917 г. Даже с позиций сегодняшнего дня законопроект оценивается как высочайшее достижение юридической мысли, отразившее передовые тенденции того времени. Впервые было предложено заменить "договор личного найма" на "трудовой договор" со всеми вытекающими отсюда последствиями в виде усиления социальной защиты работника. Наряду с уже известными к тому времени гарантиями в проекте предполагалось установить такие, которым и сегодня нет аналогов в трудовом праве России, например правило о предоставлении нанявшемуся времени для удовлетворения его религиозных и образовательных потребностей (ст. 46), правило о справедливом определении цены товаров, выдаваемых нанявшемуся в счет вознаграждения за труд, - по их действительной стоимости, но не выше рыночной цены (ст. 39), о сохранении права на вознаграждение и в том случае, если нанявшийся был готов и способен работать, но не работал по вине нанимателя (ст. 31).

<1> Несмотря на название, законопроект претендовал на акт кодифицированного свойства, поскольку не только регулировал вопросы заключения и прекращения трудового договора, но и определял правовой статус сторон трудового правоотношения, обязанности работника и работодателя, устанавливал требования в отношении правил внутреннего распорядка, подробно регламентировал вопросы оплаты труда, включая гарантии сохранения заработка в случаях освобождения от работы, впервые сформировал правила о коллективном договоре.

В первые месяцы существования советского государства были приняты сразу несколько нормативных актов, направленных на регламентацию общественных отношений, возникающих в сфере наемного труда <1>, - Декрет Совета народных комиссаров о восьмичасовом рабочем дне от 29 октября 1917 г., Постановление Совета народных комиссаров от 14 июня 1918 г. "Об отпусках", Декрет ВЦИК от 22 декабря 1917 г. об отпусках по беременности и родам и др. Декретом Совета народных комиссаров от 18 мая 1918 г. была упразднена фабричная инспекция и образована инспекция труда, на которую был возложен надзор и контроль за исполнением декретов и других актов советской власти по охране труда. Первым советским актом о коллективных договорах стало Положение о порядке утверждения коллективных договоров (тарифов), устанавливающих ставки заработной платы и условия труда, одобренное СНК 2 июля 1918 г. В Положении определялось содержание коллективного договора, устанавливался порядок его заключения. В условиях роста безработицы становится необходимым создание системы государственной поддержки лиц, нуждавшихся в трудоустройстве, и в январе 1918 г. СНК утверждает Положение о биржах труда.

<1> Следует отметить принципиальное отличие новых источников трудового права - они имели всеобщую сферу действия, распространялись на всех работодателей, тогда как предшествующие законы о труде действовали только в отдельных сферах деятельности, например только на промышленных предприятиях, или только на предприятиях фабрично-заводской, горной и горнозаводской промышленности, или только на казенных предприятиях.

Эти и другие нормативные акты явились основой для формирования советского трудового права и в последующем были систематизированы в первом Кодексе законов о труде РСФСР, принятом в декабре 1918 г. <1>.

<1> Собрание узаконений и распоряжений Рабочего и Крестьянского Правительства РСФСР. 1918. N 87 - 88. Ст. 905.

Разработанный и принятый в условиях продолжающейся после Октябрьской революции классовой борьбы Кодекс в первом же разделе устанавливал для всех граждан РСФСР (кроме лиц, не достигших 16-летнего возраста, лиц старше 50 лет и лиц, утративших трудоспособность вследствие увечья или болезни) трудовую повинность. Привлечение трудящихся к работе осуществлялось через отделы распределения рабочей силы. Трудовой договор как основание возникновения трудовых отношений вообще был забыт на несколько лет.

Необычна структура первого российского кодифицированного акта о труде. КЗоТ 1918 г. помимо введения содержал 9 разделов ("О трудовой повинности", "Право на применение труда", "Порядок предоставления труда", "О предварительном испытании", "О переводе и увольнении трудящихся", "О вознаграждении за труд", "О рабочем времени", "Об обеспечении надлежащей производительности труда", "Об охране труда") и 5 приложений к отдельным статьям ("Правила о порядке установления нетрудоспособности", "Правила о выдаче пособий трудящимся во время их болезни", "Правила о безработных и выдаче им пособий", "Правила о трудовых книжках", "Правила об еженедельном отдыхе и о праздничных днях").

Главным и самым заметным недостатком первого Кодекса было отсутствие свободы трудового договора, выражающееся в законодательном закреплении принудительного труда в форме трудовой повинности <1>, установлении права органов управления переводить работников без их согласия на другую работу (ст. ст. 40 - 42, 45) ограничении увольнения по желанию трудящегося (ст. ст. 51, 52) <2>. Такие меры отчасти объясняются чрезвычайными обстоятельствами, складывавшимися в условиях гражданской войны, а также политикой военного коммунизма, допускавшей насильственные методы для подавления сопротивления классовых врагов.

<1> В дополнение к Кодексу в 1920 г. Совет народных комиссаров издает Декрет о всеобщей трудовой повинности, который устанавливает новый вид трудовой повинности в форме привлечения трудящихся независимо от постоянной работы к единовременному или периодическому выполнению общественно необходимых работ (топливных, строительных, дорожных, гужевых), а также для борьбы с последствиями общественных действий.

<2> Впоследствии в ноябре 1919 г. был введен прямой запрет самовольного ухода с государственного учреждения (предприятия) после объявления о его милитаризации.

Вместе с тем в КЗоТ РСФСР 1918 г. получили закрепление и развитие социальные достижения, провозглашенные в предшествующих Кодексу нормативных актах о труде:

1) оформление закрытого перечня оснований увольнения (ст. 46);

2) гарантии в области оплаты труда: установление минимального размера вознаграждения не ниже прожиточного минимума (ст. 58), периодичность выплаты заработной платы не реже чем каждые две недели (ст. 71), учет тяжести, опасности, сложности труда при определении размера вознаграждения (ст. 59), повышение вознаграждения за сверхурочную работу (ст. 64), ограничение удержаний из заработной платы (ст. 69);

3) ограничение продолжительности рабочего времени (ст. 84), установление сокращенного рабочего времени для несовершеннолетних и лиц, работающих в особо тяжелых и неблагоприятных для здоровья условиях (ст. 85);

4) ограничение сверхурочной работы (ст. ст. 93 - 101);

5) установление видов и продолжительности времени отдыха, включая отпуска (ст. ст. 86 - 89, 103 - 107);

6) закрепление начал социального партнерства: наделение профсоюзов полномочиями в управленческой сфере (например, согласно ст. 123, правила внутреннего распорядка для предприятий вырабатываются профессиональными союзами и утверждаются соответствующими отделами труда); возложение надзорных функций на органы самоуправления трудящихся (ст. 126);

7) формирование системы надзорных органов за соблюдением трудового законодательства и закрепление их полномочий.

Однако в условиях военного коммунизма многие из провозглашенных гарантий так и остались декларациями. Заработная плата стала регулироваться декретами ВЦИК и Совнаркома, в этой связи коллективные договоры перестали заключаться. Для поддержания трудовой дисциплины были приняты дополнительные декреты, предусматривающие создание дисциплинарных товарищеских судов, которые наделялись правом применять наказания вплоть до заключения в концентрационный лагерь. Судебная защита была заменена административным или профсоюзным разбирательством. Одним словом, КЗоТ очень быстро превратился в формальный источник трудового права, вытесненный из сферы правоприменения подзаконными

нормативными актами. Вот как оценивал современник правовое регулирование труда в период военного коммунизма: полное господство принуждения в области привлечения к труду и распределения рабочей силы; закрепление в законодательном порядке единообразия условий труда; тенденция к огосударствлению профсоюзов; широкое допущение в условиях гражданской войны отступлений от основных норм охраны труда <1>. Подобная модель правового регулирования труда оказалась несостоятельной и потребовала замены сформировавшейся на рубеже 20-х годов 20-го столетия законодательной базы.

<1> См.: Войтинский И.С. Трудовое право СССР. М.; Л., 1925. С. 31.

Второй Кодекс законов о труде РСФСР был принят 30 октября 1922 г. <1> в условиях новой экономической политики, признавшей право частной собственности и свободу предпринимательства. Кодекс коренным образом отличался от своего предшественника, прежде всего тем, что устанавливал добровольный порядок найма (ст. 5), допуская привлечение к трудовой повинности лишь в исключительных случаях - борьба со стихийными бедствиями, недостаток в рабочей силе для выполнения важнейших государственных заданий (ст. 11).

<1> Собрание узаконений и распоряжений Рабочего и Крестьянского Правительства РСФСР. 1922. N 70. Ст. 903.

Впервые в кодифицированном акте были закреплены нормы, допускающие коллективно-договорное регулирование трудовых отношений (разд. IV "О коллективных договорах"), хотя практика заключения коллективных договоров существовала с начала XX в. и была легализована актом Совета народных комиссаров в 1918 г.

Многие положения КЗоТ РСФСР 1922 г. дошли до нашего времени и в современных формулировках включены в Трудовой кодекс РФ, например гарантия распространения коллективного договора на всех лиц, работающих у данного работодателя, независимо от их членства в профсоюзе, правило о недействительности условий трудового договора, ухудшающих положение работников по сравнению с трудовым законодательством, требование о регистрации коллективного договора и др.

Огромным преимуществом КЗоТа 1922 г. стал разд. V "О трудовом договоре". В нем нашла реализацию прогрессивная идея о свободе трудового договора, выработанная передовыми мыслителями и развитая отечественными и зарубежными учеными. Трудовой договор в ст. 27 КЗоТ определяется как соглашение двух и более лиц, по которому одна сторона (нанимающийся) предоставляет свою рабочую силу другой стороне (нанимателю) за вознаграждение. Условия трудового договора определяются соглашением сторон (ст. 28). Перевод нанявшегося из одного предприятия в другое или перемещение из одной местности в другую, хотя бы вместе с предприятием, допускаются только с согласия рабочего или служащего (ст. 37). Трудовой договор может быть расторгнут по соглашению сторон (ст. 44), а трудовой договор, заключенный на неопределенный срок, - по собственному желанию нанявшегося (ст. 46). Исключение из правил было установлено в отношении лиц, заключивших срочный трудовой договор, - они могут уволиться до истечения срока только при наличии перечисленных в законе уважительных причин (ст. 48).

Возможности работодателя расторгать трудовой договор были ограничены в целях защиты трудовых прав работников: установлен закрытый перечень оснований расторжения, предусмотрено участие расценочно-конфликтной комиссии в принятии решения об увольнении работников по некоторым основаниям, закреплены дополнительные гарантии для членов фабрично-заводского комитета профсоюза, введены новые обязанности нанимателя предупреждать работников о предстоящем увольнении и выплачивать выходное пособие (ст. 47).

Кодекс установил дополнительные гарантии в сфере оплаты труда, новые виды гарантийных и компенсационных выплат, ввел новые правила о рабочем времени и времени отдыха (например, о сокращении продолжительности работы в ночное время на один час, о разделении рабочего дня на части, о дополнительных отпусках за работу в особо вредных и опасных условиях), отдельный раздел посвятил ученичеству, сконцентрировал дополнительные гарантии для женщин и несовершеннолетних в специальном разделе. Особое значение приобрел разд. XV Кодекса, в котором впервые на законодательном уровне был определен правовой статус профессиональных союзов и закреплены полномочия их первичных органов на предприятиях, в учреждениях, а также установлены гарантии деятельности профсоюзов, включая материальные.

Еще одно достижение трудового законодательства того периода - закрепление права на индивидуальные и коллективные трудовые споры и установление системы органов по рассмотрению трудовых споров (разд. XVI). Согласно ст. 168 КЗоТ 1922 г. все споры, возникающие на почве применения наемного труда, разрешаются либо в принудительном порядке - в особых сессиях народных судов, либо в порядке примирительного разбирательства - в расценочно-

конфликтных комиссиях, примирительных камерах и третейских судах, организуемых на началах паритетного представительства сторон. Тем самым были заложены основы сегодняшнего порядка рассмотрения коллективных трудовых споров с помощью примирительных процедур.

Кодекс 1922 г. также включал правила о социальном страховании, в систему которого входили: оказание лечебной помощи, выдача пособий по временной нетрудоспособности (болезнь, увечья, карантин, беременность, роды, уход за больным членом семьи), выдача дополнительных пособий (на кормление ребенка, предметы ухода, погребение), выдача пособий по безработице, выдача пособий по инвалидности, выдача пособий членам семейств трудящихся по найму в случае смерти или безвестного отсутствия их кормильца (ст. 176).

Таким образом, достаточно удачно для того времени была реализована идея создать правовой механизм регулирования трудовых отношений в условиях жесткого государственного вмешательства в рыночные экономические отношения: "Оценивая ретроспективно КЗоТ 1922 г., можно констатировать, что он оказался адекватным тем задачам, которые призвана была решать новая экономическая политика, и способствовал ее успешному на первых порах осуществлению: быстрому восстановлению народного хозяйства после разрухи, вызванной гражданской войной, нормализации социальной обстановки в стране" <1>. С образованием Союза Советских Социалистических Республик и принятием в 1924 г. Конституции СССР, в соответствии с которой установление основных законов о труде было отнесено к ведению СССР, ситуация значительно изменилась. Теперь нормативные акты по вопросам труда и занятости принимались на общесоюзном уровне (постановления Совета Народных Комиссаров), а союзные республики в лучшем случае дублировали их, но чаще всего непосредственно применяли общесоюзные акты в качестве источников трудового права. В 1930-е годы особое внимание уделялось вопросам укрепления трудовой дисциплины, повышению ответственности за сохранность социалистической собственности, развитию системы гарантий и компенсаций, централизованному регулированию заработной платы. В целях конкретизации отдельных норм КЗоТ 1922 г. были изданы акты об отпусках, командировках, ученичестве, надомниках, домашних работников, временных и сезонных работниках, многочисленные нормативные правовые акты, устанавливающие дифференцирующий подход к правовой регламентации труда по отраслевому критерию. В.М. Догадов так обосновывает новое явление в трудовом праве: "Для отдельных отраслей народного хозяйства, ввиду своеобразных условий применения в них наемного труда, приходится допускать ряд изъятий и отступлений от положений Кодекса, применяя к ним эти положения не полностью, а лишь в некоторых частях. Заключаются подобные изъятия или отступления либо в том, что та или иная норма Кодекса законов о труде вовсе не имеет применения к данному кругу трудовых отношений без замены ее какой-либо иной нормой, либо же норма Кодекса заменяется нормой иного содержания. При этом могут быть допущены по тем или иным соображениям и некоторые ухудшения в положении данной группы трудящихся по сравнению с Кодексом законов о труде" <2>.

<1> Киселев И.Я. Трудовое право России. Историко-правовое исследование: Учебное пособие. С. 171.

<2> Догадов В.М. Очерки трудового права. Л., 1927. С. 18 - 19.

Характерным для источников трудового права тех лет стало принятие нормативных правовых актов совместными постановлениями Совета Народных Комиссаров СССР, Центрального комитета Всесоюзной коммунистической партии и Всесоюзного центрального совета профессиональных союзов. Такая практика просуществовала вплоть до перестройки, в результате которой был ликвидирован монополизм коммунистической партии в политической системе России.

В предвоенные годы трудовое законодательство вновь претерпевает реформу, в очередной раз вводится государственное (внеэкономическое) принуждение к труду, существенно ограничивается увольнение по собственному желанию, ужесточается ответственность за самовольные уход с предприятия и переход с одного предприятия на другое (Указы Президиума Верховного Совета СССР от 26 июня и от 19 октября 1940 г.). В 1940 г. была введена уголовная ответственность за прогул без уважительных причин, причем под прогулом понималось всякое опоздание на работу или преждевременный уход более чем на 20 минут. Апострофом государственной политики по укреплению трудовой дисциплины стали новые Типовые правила внутреннего трудового распорядка, утвержденные Постановлением СНК СССР от 18 января 1941 г.

Снижение уровня правовых гарантий наблюдалось также в сфере рабочего времени и времени отдыха, нормирования и оплаты труда, разрешения коллективных трудовых споров. Работодателям было запрещено улучшать положение работников по сравнению с законодательством и самостоятельно повышать заработную плату. В военный период вновь были введены трудовая повинность и трудовая мобилизация (Указы ПВС СССР от 22 июня 1941 г., от 26 декабря 1941 г., от 13 февраля 1942 г.).

Послевоенный период стал периодом относительного затишья в нормотворческой деятельности государства. Заметными нормативными актами того времени стали Положение о товарищеских судах (1951 г.), создавшее систему общественных органов, призванных обеспечивать поддержание трудовой дисциплины, и Положение о правах фабричного, заводского, местного комитета профсоюза (1959 г.), расширившее полномочия профсоюзов в управлении трудом. Начался процесс восстановления гарантий, установленных первоначальной редакцией КЗоТ РСФСР.

К началу 1970-х годов КЗоТ РСФСР 1922 г. насчитывал десятки изменений и дополнений, внесенных за неполные пять десятилетий, прошедших с момента его принятия. Формально он оставался источником трудового права, но параллельно с ним действовало множество других актов (в значительной мере противоречащих КЗоТ), сформировавших новые правовые институты. Это в очередной раз стало предпосылкой для глобальной кодификации трудового законодательства. Первым результатом систематизации нормативных актов в сфере труда стали Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о труде <1>, утвержденные Законом СССР от 15 июля 1970 г. <2>. В связи с принятием Основ полностью или частично утратили силу 95 общесоюзных нормативных актов. В процессе кодификации были решены основные задачи: устранить множественность нормативных актов, изданных в разное время; исключить устаревшие и практически бездействующие нормы трудового права, не соответствующие более поздним законодательным актам; устранить расхождения и противоречия в регулировании вопросов труда, образовавшиеся за несколько десятков лет; создать новые правовые нормы, выводящие трудовое законодательство на иной уровень правовой регламентации, соответствующий современному состоянию общества и производительных сил.

<1> Некоторыми учеными высказывались соображения о необходимости принятия союзного закона в форме кодекса законов о труде СССР. В частности, в качестве аргументов указывалось на необходимость большой степени централизации трудовых отношений, многолетнюю практику регулирования условий труда общесоюзным законодательством, фактическое совпадение по содержанию республиканских кодексов о труде и др. См.: Пашерстник А.Е. О соотношении общесоюзного и республиканского законодательства о труде // Социалистическая законность и задачи советской юридической науки. М.: МГУ, 1957.

<2> Ведомости Верховного Совета СССР. 1970. N 29. Ст. 265.

Основы вступили в действие с 1 января 1971 г. и дали старт кодификации трудового законодательства в союзных республиках <1>. В Основах законодательства о труде был заложен принцип разграничения компетенции Союза ССР и союзных республик в области регулирования труда рабочих и служащих. Так, согласно ст. 107 Основ большинство правил было отнесено к ведению Союза ССР (например, продолжительность ночной работы, минимальный размер месячной заработной платы, компенсации в связи со служебными командировками или в связи с переездом на работу в другую местность, ограничение труда женщин на ночных работах, порядок и размер отчислений профсоюзным органам на культурно-массовую и физкультурную работу, порядок и размеры обеспечения по государственному социальному страхованию) либо к совместному ведению Союза ССР и союзных республик (сокращение рабочего времени для отдельных категорий работников, работы, производимые в праздничные дни, предоставление и продолжительность ежегодных дополнительных отпусков, нормирование заработной платы, премиальная система оплаты труда, единые или типовые нормы выработки, ограничение удержаний из заработной платы, правила по охране труда, льготы для обучающихся без отрыва от производства, права профсоюзов, органы государственного надзора и контроля за соблюдением законодательства о труде, особенности регулирования труда некоторых категорий работников и др.). В ведении союзных республик оставался весьма узкий круг вопросов: случаи применения сверхурочных работ, случаи привлечения к работе в выходные дни и сроки выплаты заработной платы.

<1> В течение 1971 - 1973 гг. Кодексы законов о труде были приняты во всех союзных республиках бывшего СССР.

Российский Кодекс законов о труде, сменивший КЗоТ РСФСР 1922 г., был создан на базе Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о труде, утвержден Указом Верховного Совета РСФСР 9 декабря 1971 г. <1>, вступил в силу 1 апреля 1972 г. КЗоТ РСФСР отличался от Основ законодательства о труде количеством глав - 18 против 15, причем только одна глава была действительно новеллой по отношению к Основам - глава XVIII "Особенности регулирования труда отдельных категорий работников", другие же образовались путем деления нормативного материала Основ (например, главы КЗоТ "Рабочее время" и "Время отдыха" выделились из главы Основ законодательства о труде "Рабочее время и время отдыха").

<1> Ведомости Верховного Совета СССР. 1971. N 50. Ст. 1007.

КЗоТ РСФСР 1971 г. был, безусловно, более прогрессивным и юридически качественным документом, чем его предшественник. В нем отразились изменения, произошедшие в экономике, идеологии и праве, связанные с ликвидацией принудительного труда и развитием социалистических форм хозяйствования. При его разработке были учтены достижения науки трудового права, в частности определенную завершенность получила система трудового законодательства (нормы права структурированы и распределены по 18 главам, образующим институты трудового права), в тексте закона появились правовые дефиниции, призванные в определенной мере обеспечить единство в правопонимании и правоприменении. В частности, развернутое определение понятия "трудовой договор" (ст. 15 КЗоТ) выделило его отличительные признаки, позволяющие отграничивать от других соглашений по поводу труда. КЗоТ 1971 г. расширил юридические гарантии работников, установив ряд новых правил, в частности гарантии при приеме на работу (ст. ст. 16, 18), гарантии сохранения места работы и заработка при отвлечении работника от работы в интересах государства или в интересах работодателя (ст. ст. 111 - 115), гарантии от незаконных удержаний из заработной платы (ст. ст. 124 - 125). Гарантии права на труд были усилены за счет уточнения перечня оснований прекращения трудового договора и регламентации порядка увольнения работников (ст. ст. 29 - 36). Была введена новая глава "Надзор и контроль за соблюдением законодательства о труде", устанавливающая систему государственных органов, осуществляющих контрольно-надзорные полномочия, установлены последствия незаконного увольнения работников (ст. ст. 213, 215, 216), повышена ответственность работодателей за незаконное увольнение и перевод работников, включая материальную ответственность должностных лиц (ст. 214), за задержку выдачи трудовой книжки (ст. 99). Отдельную и достаточно подробную регламентацию получил институт дисциплины труда. Если ранее виды и порядок применения дисциплинарных взысканий регламентировались подзаконным нормативным актом (Постановлением СНК СССР от 18 января 1941 г. N 120 "Об утверждении Типовых правил внутреннего трудового распорядка для рабочих и служащих государственных, кооперативных и общественных предприятий и учреждений" <1>), то КЗоТ РСФСР 1971 г. выводит соответствующие нормы на законодательный уровень, устанавливая в главе "Трудовая дисциплина" правила не только о дисциплинарной ответственности, но и о мерах поощрения за успехи в работе.

<1> СП СССР. 1941. N 4. Ст. 63.

Поскольку в тот исторический период государство выступало практически работодателем-монополистом, соответственно, правовая регламентация труда ограничивалась исключительно централизованными нормативными актами. Социалистическое государство устанавливало унифицированные для всех работодателей правила, непосредственно вмешиваясь в организацию труда и заработной платы. Достаточно в качестве примера привести такое советское изобретение, как схемы должностных окладов, обязательные для всех организаций, независимо от месторасположения, отрасли, рентабельности, значимости для народного хозяйства и других факторов. Заработная плата работников на территории всего СССР определялась на основании этих схем. И хотя формально глава II КЗоТ предусматривала коллективно-договорный способ регулирования трудовых, социально-экономических и профессиональных отношений между работниками и работодателем, однако коллективные договоры в подавляющем большинстве представляли собой компиляцию КЗоТ с небольшими и несущественными вкраплениями собственных правовых норм.

Тем не менее следует заметить, что КЗоТ образца 1971 г. устанавливал достаточно высокий уровень гарантий для работников и степень их социальной защищенности была гораздо выше, чем в настоящее время.

Поскольку не все аспекты трудовых и производных от них отношений были урегулированы в КЗоТ с необходимой полнотой, государство продолжило нормотворческую деятельность путем принятия подзаконных нормативных актов. Указами Президиума Верховного Совета СССР были утверждены Положение о правах профсоюзного комитета предприятия, учреждения, организации (от 27 сентября 1971 г.), Положение о порядке рассмотрения трудовых споров (от 20 мая 1974 г.), Положение о материальной ответственности рабочих и служащих за ущерб, причиненный предприятию, учреждению, организации (от 13 июля 1976 г.). Были приняты специальные нормативные акты, касающиеся отдельных категорий работников: Указ Президиума Верховного Совета СССР от 24 сентября 1974 г. N 310-IX "Об условиях труда рабочих и служащих, занятых на сезонных работах" и Указ Президиума Верховного Совета СССР от 24 сентября 1974 N 311-IX "Об условиях труда временных рабочих и служащих". Позднее (в 1990-х годах) будет повышен нормативный уровень правового регулирования деятельности профсоюзов (Закон СССР от 10

декабря 1990 г. N 1818-1 "О профессиональных союзах, правах и гарантиях их деятельности" <1>) и отношений по рассмотрению трудовых споров (Закон СССР от 11 марта 1991 г. N 2016-1 "О порядке разрешения индивидуальных трудовых споров" <2>).

<1> Ведомости СНД и ВС СССР. 1990. N 50. Ст. 1107.

<2> Ведомости СНД и ВС СССР. 1991. N 21. Ст. 593.

До 1990-х годов законотворческая деятельность Российской Федерации ограничивалась в основном внесением изменений и дополнений в КЗоТ РФ. С началом политики "перестройки" ситуация изменилась существенным образом. Конец XX в. ознаменовался бурным развитием трудового законодательства России, было принято несколько основополагающих законов: Закон РСФСР от 19 апреля 1991 г. N 1032-1 "О занятости населения в РСФСР" <1>, Закон РСФСР от 11 марта 1992 г. N 2490-1 "О коллективных договорах и соглашениях" <2>, Федеральные законы от 23 ноября 1995 г. N 175-ФЗ "О порядке разрешения коллективных трудовых споров" <3>, от 12 января 1996 г. N 10-ФЗ "О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности" <4>, от 17 июля 1999 г. N 181-ФЗ "Об основах охраны труда в Российской Федерации" <5>.

<1> Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. N 18. Ст. 565.

<2> Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. N 17. Ст. 890.

<3> СЗ РФ. 1995. N 48. Ст. 4557.

<4> СЗ РФ. 1996. N 3. Ст. 148.

<5> СЗ РФ. 1999. N 29. Ст. 3702.

В 1992 г. КЗоТ претерпевает существенные изменения и пополняется двумя новыми главами, это гл. III-A "Трудовой коллектив" и гл. XV-A "Обеспечение занятости и гарантии реализации права граждан на труд". В первой нашли отражение революционные идеи самоуправления трудящихся и выборности руководителей предприятий. Появление главы о занятости было обусловлено коренными изменениями на рынке труда, вызвавшими такое забытое в стране явление, как безработица. Принципиальным изменением Кодекса стала новая редакция ст. 1, определяющая сферу действия Закона. Если ранее он распространялся только на рабочих и служащих, то теперь было предусмотрено, что он регулирует трудовые отношения всех работников. Этим был положен конец дискуссии о том, распространяется ли КЗоТ на работающих акционеров, членов хозяйственных обществ и товариществ и других собственников. В ходе обсуждения проекта нового Трудового кодекса в литературе было высказано мнение о необходимости дальнейшего расширения предмета трудового права: "В условиях перехода к рынку назрела пора отнести к сфере действия трудового законодательства все соглашения о труде, предусматривающие исполнение работ независимо от их срока, в том числе и гражданско-правовые договоры подряда и поручения" <1>. Надо сказать, что при каждой очередной кодификации вопрос о сфере действия Трудового кодекса был одним из самых обсуждаемых <2>.

<1> Пашков А.С. Проект нового Трудового кодекса // Государство и право. 1995. N 3. С. 80.

<2> См., например: Горшенин К.П. Кодификация законодательства о труде. Теоретические вопросы. М., 1967. С. 24 - 55; Ставцева А.И. Кодификация законодательства о труде в СССР // О научном единстве проблем общей теории права и трудового права: Труды ВЮЗИ. Т. 56. М., 1978. С. 92 - 101.

Перестройка с ее экономическими и идеологическими преобразованиями потребовала кардинального пересмотра не только отдельных норм трудового законодательства, но и самой концепции отрасли. Появление нового типа работодателей - коммерческих организаций и индивидуальных предпринимателей обусловило необходимость отказа государства от вмешательства в хозяйственную деятельность работодателей, в том числе и в сфере регулирования отношений наемного труда. С другой стороны, следовало решить задачу сохранения достигнутого уровня социальной защищенности трудящихся.

Переходный период от социалистического КЗоТ к рыночному Трудовому кодексу ознаменовался поиском новых механизмов правового регулирования трудовых отношений, который не всегда приводил к удачным решениям <1>. В этот период принимаются отдельные нормативные правовые акты, устанавливающие особенности регулирования труда в новых условиях хозяйствования. Развитию арендной формы организации труда сопутствовало появление новой модели правового регулирования трудовых отношений. Основы законодательства Союза ССР и союзных республик об аренде от 23 ноября 1989 г. распространили трудовое законодательство на работников - участников арендных предприятий, однако сделав акцент на локальном регулировании трудовых отношений, разрешив самостоятельно устанавливать формы и системы оплаты труда, распорядок рабочего дня,

сменность работы, суммированный учет рабочего времени и др. (ст. 29). Закон РСФСР от 25 декабря 1990 г. N 445-1 "О предприятиях и предпринимательской деятельности" в п. 1 ст. 26 зафиксировал норму, которая в силу своей нечеткости явилась объектом споров и камнем преткновения при решении вопроса об отраслевой принадлежности отношений работников - членов хозяйственных обществ и товариществ: "Отношения работника и предприятия, возникшие на основе договора о членстве в хозяйственном товариществе, регулируются гражданским законодательством РСФСР и учредительными документами товарищества". Такая формулировка дала основание некоторым специалистам утверждать, что трудовые отношения работающих акционеров - участников хозяйственных обществ являются предметом не трудового, а гражданского права. И только Верховный Суд РСФСР, вынося решение по конкретному делу, расставил все точки над "i", указав, что трудовые отношения работников - участников хозяйственных обществ регулируются трудовым законодательством.

<1> О моделях правовой организации труда в советский и постсоветский периоды см.: Трудовое право России: проблемы теории: Коллективная монография. Екатеринбург, 2006. С. 3 - 11.

Закон РСФСР "О предприятиях и предпринимательской деятельности" продолжил курс на освобождение работодателей от законодательной опеки государства и закрепил право предприятий самостоятельно устанавливать формы, системы и размеры оплаты труда работников, а также дополнительные отпуска, сокращенный рабочий день и иные льготы.

В период реформирования трудового законодательства в КЗоТ было внесено огромное количество дополнений и изменений <1>, что нарушило его системные связи и породило множество противоречий. К тому же к этому времени накопился значительный массив законов и подзаконных нормативных актов, посвященных наемному труду, которые требовалось кодифицировать и привести в соответствие с новыми историческими реалиями.

<1> Всего в первоначальный текст КЗоТ РСФСР поправки вносились 30 раз.

Четвертый в истории России Трудовой кодекс был принят 30 декабря 2001 г. и вступил в действие с 1 февраля 2002 г. Работа над его проектом заняла около 10 лет. Первоначальный проект был опубликован для широкого обсуждения с целью учета интересов всех заинтересованных субъектов - работников, работодателей, профсоюзов <1>. За этот период Россией было ратифицировано несколько важнейших конвенций Международной организации труда (в частности, Конвенция N 81 "Об инспекции труда", Конвенция N 150 "О регулировании вопросов труда: роль, функции и организация", Конвенция N 156 "О равном обращении и равных возможностях трудящихся мужчин и женщин: трудящиеся с семейными обязанностями", Конвенция N 155 "О безопасности и гигиене труда в производственной среде") и новый Кодекс изначально создавался с учетом принципов и положений международного трудового права.

<1> Российская газета. 1994. 26 и 27 октября.

Для выработки окончательного варианта Трудового кодекса была создана трехсторонняя комиссия по разработке законопроекта, в которую вошли представители трех сторон социального партнерства - Правительства РФ, общероссийских профсоюзов и общероссийских работодателей.

К принципиальным новеллам Трудового кодекса 2001 г. можно отнести следующие.

1. Впервые ст. 1 ТК РФ объявляет целью трудового законодательства защиту прав и интересов не только работников, но и работодателей. И в дальнейшем эта цель реализуется с помощью принципиально новых положений, устанавливающих права работодателей, направленные на защиту своих экономических интересов. Например, ст. 57 ТК РФ разрешила в качестве дополнительного условия трудового договора включать обязанность работника отработать после обучения за счет средств работодателя определенный срок, а в случае неисполнения этой обязанности работодатель получил право на возмещение затрат, связанных с обучением работника.

2. Оригинальное правило относительно места Трудового кодекса в системе источников трудового права устанавливает ст. 5 ТК РФ. Кодексу придается значение "главного среди равных". Нормы трудового права, содержащиеся в иных федеральных законах, должны соответствовать Трудовому кодексу. В случае противоречия между Трудовым кодексом и иным федеральным законом, содержащим нормы трудового права, применяется Кодекс. Более того, если вновь принятый федеральный закон, содержащий нормы трудового права, противоречит Трудовому кодексу, то этот федеральный закон применяется только при условии внесения соответствующих изменений в Кодекс.

3. Выстраивая систему источников трудового права, законодатель учел особенности федеративного устройства России, проведя разграничение полномочий между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации в сфере трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений (ст. 6), а также уделил особое внимание локальным источникам трудового права, установив право работодателей принимать в пределах их компетенции локальные нормативные акты (ст. 8). Произошло заметное перераспределение полномочий в сфере регулирования трудовых и непосредственно связанных с ними отношений в пользу регионального и локального нормотворчества.

После принятия Федерального закона от 22 августа 2004 г. N 122-ФЗ стала весьма ощутимой тенденция децентрализации трудового законодательства и усиления регионального и местного (территориального) нормотворчества. Связано это, с одной стороны, с отказом государства регламентировать на федеральном уровне некоторые традиционно закрепляемые в централизованном порядке гарантии и передачей соответствующих полномочий субъектам РФ и органам местного самоуправления и, с другой стороны, с предоставлением субъектам РФ и органам местного самоуправления прав по установлению дополнительных (по сравнению с общероссийскими) гарантий и компенсаций.

Сразу несколько государственных гарантий, предоставляемых лицам, работающим в организациях, расположенных в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях, теперь изъяты из сферы компетенции российского законодателя. Органам государственной власти субъектов РФ и органам местного самоуправления переданы полномочия по установлению гарантий медицинского обслуживания для лиц, работающих в организациях, расположенных в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях (ч. 2 ст. 323 ТК РФ), определению размеров, условий и порядка компенсации расходов на оплату проезда и провоза багажа к месту использования отпуска и обратно (ч. 7 ст. 325 ТК РФ) и расходов, связанных с переездом (ч. 5 ст. 326 ТК РФ).

Абстрактная возможность повышения субъектами РФ уровня гарантий работников установлена ч. 2 ст. 6 ТК РФ, а применительно к работникам, работающим в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях, - ч. 2 ст. 313 ТК РФ. Статьи 316 и 317 ТК РФ конкретизируют права органов государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления - они могут устанавливать за счет средств соответствующего бюджета более высокие размеры районных коэффициентов и процентных надбавок к заработной плате за стаж работы в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях для учреждений, финансируемых соответственно из средств бюджетов субъектов РФ и муниципальных бюджетов. Причем субъекту РФ дано право устанавливать предельный размер районного коэффициента (процентной надбавки) для входящих в его состав муниципальных образований.

Тенденция расширения сферы регионального нормотворчества сохраняется, примером тому служит Федеральный закон от 31 декабря 2005 г. N 199-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием разграничения полномочий". С 1 января 2006 г. органам государственной власти субъектов Российской Федерации передаются дополнительные полномочия в обеспечении социальной защиты и социальной поддержки инвалидов, в том числе принятие законов и иных нормативных правовых актов. С 1 января 2007 г. отдельные полномочия Российской Федерации в сфере занятости передаются органам государственной власти субъектов Российской Федерации.

4. Значительно возросла роль договорного регулирования, причем как индивидуального, так и коллективного. Усилению роли коллективных договоров и соглашений способствовало отстранение государства от решения некоторых вопросов, которые ранее были отнесены к сфере государственного нормирования (например, в сфере оплаты труда, установления размеров компенсационных выплат, гарантий и льгот работникам районов Крайнего Севера и приравненных к ним местностей).

Усиление договорных основ трудового права выражается прежде всего в новеллах трудового законодательства, закрепленных в ст. ст. 8 и 9 ТК РФ. Во-первых, провозглашен приоритет коллективного договора над локальными нормативными актами; во-вторых, впервые закреплена возможность регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений путем заключения, изменения, дополнения коллективных договоров, соглашений, трудовых договоров.

Особо следует отметить роль трудового договора как индивидуального регулятора трудовых отношений. Законодатель разрешает включать в трудовой договор любые дополнительные условия с одним лишь ограничением - они не должны ухудшать положение работника по сравнению с Трудовым кодексом, законами и иными нормативными правовыми актами, коллективным договором, соглашениями. В порядке исключения законодатель допускает даже включение в трудовой договор с отдельными категориями работников таких условий, которые явно ухудшают положение работников: дополнительные по сравнению с ТК РФ основания прекращения

договора (п. 3 ст. 278, ст. ст. 307, 312, 347 ТК РФ), условия о полной материальной ответственности за ущерб, причиненный работодателю (ч. 2 ст. 243 ТК РФ).

Практика показывает, что современный трудовой договор используется как регулятор не только трудовых отношений, но и отношений, выходящих за рамки предмета трудового права. Популярным стало включение в трудовой договор условий, носящих гражданско-правовой характер (о предоставлении жилья, об оплате содержания ребенка в детском дошкольном учреждении, о выделении ссуды, об оплате медицинских услуг и т.п.).

Сегодня правовая конструкция "соглашение сторон" используется не только при заключении трудового договора, но и при его прекращении (п. 1 ст. 77, ч. 2 ст. 80 ТК РФ), а также при решении вопросов в области рабочего времени и времени отдыха, оплаты труда. По соглашению между работником и работодателем устанавливается неполное рабочее время (ст. 93 ТК РФ), режим гибкого рабочего времени (ч. 1 ст. 102 ТК РФ), переносится на другой срок ежегодный оплачиваемый отпуск (ч. 2 ст. 124 ТК РФ), ежегодный отпуск делится на части (ч. 1 ст. 125 ТК РФ), устанавливается размер доплаты за совмещение профессий (должностей) или исполнение обязанностей временно отсутствующего работника (ч. 2 ст. 151 ТК РФ), определяется размер возмещения расходов при переезде на работу в другую местность (ч. 2 ст. 169 ТК РФ) и при использовании личного имущества работника (ст. 188 ТК РФ), допускается возмещение работником причиненного работодателю ущерба с рассрочкой платежа (ч. 4 ст. 248 ТК РФ) и т.д.

Установление режимов рабочего времени и времени отдыха, правил оплаты труда, норм по охране труда, регламентация других важнейших вопросов в сфере труда отнесены к ведению работодателя, и при этом Трудовой кодекс в качестве источников правового регулирования называет коллективный договор, который заключается по соглашению между работниками и работодателем, или локальные нормативные акты, которые принимаются с учетом мнения представительного органа работников.

Таким образом, можно заключить, что идея ограничения хозяйской (работодательской) власти, которая всегда была присуща трудовому праву и традиционно осуществлялась публично-правовым способом - с помощью законодательных ограничений и запретов, сегодня реализуется договорным способом в рамках социального партнерства.

5. Произошло смещение акцента от императивного к диспозитивному способу регулирования трудовых отношений. Государство все больше отказывается от властного вмешательства в отношения между работодателем и работником, предоставляя сторонам возможность самим выбирать модель поведения. К примеру, прежний запрет компенсировать сверхурочную работу отгулом сменился дозволением заменить повышенную оплату дополнительной компенсацией, установленной в свое время ст. 75 КЗоТ РФ, трансформировался в ограниченное разрешение - теперь часть отпуска, превышающая 28 календарных дней, по желанию работника может быть заменена денежной компенсацией (ст. 126 ТК РФ).

Следует иметь в виду, что "для юридического дозволения в строгом смысле этого слова характерна не просто мера возможного поведения, а преимущественно такая мера, которая состоит в просторе собственного поведения, в возможности проявить собственную активность, реализовать свой интерес" <1>. Многие диспозитивные нормы, определяющие права работника, начинаются со слов "по заявлению работника", т.е. предполагают его инициативу и активные действия, направленные на удовлетворение своих интересов.

<1> Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., 1989. С. 54.

6. Свое дальнейшее развитие получила система трудового права. К традиционным общей и особенной частям добавилась специальная часть трудового права, в которой сосредоточились нормы, устанавливающие особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников. Если ранее эти особенности, как правило, оформлялись подзаконными нормативными актами, то теперь в процессе кодификации трудового законодательства регламентация трудовых отношений лиц, работающих по совместительству, работников, заключивших трудовой договор на срок до двух месяцев, занятых на сезонных работах, лиц, работающих вахтовым методом, надомников и других, поднялась на более высокий законодательный уровень. Соответствующие нормы были объединены в части четвертой Трудового кодекса "Особенности регулирования труда отдельных категорий работников".

Усиление дифференциации в трудовом законодательстве проявилось в появлении новых ее оснований, связанных со статусом работника или работодателя. Так, в Кодекс введены специальные нормы, регламентирующие труд работников, работающих у работодателей - физических лиц (гл. 48), работников религиозных организаций (гл. 54), руководителей организаций (гл. 43).

7. Впервые в кодифицированном акте закреплена система социального партнерства, причем установлено, что на локальном уровне представителем работников может быть не только

профсоюз, но и иной представительный орган (ст. 31 ТК РФ). Одновременно профсоюзы были освобождены от несвойственных такого рода общественным объединениям полномочий, например согласовывать управленческие решения работодателя. Современный способ участия профсоюзов в управлении организацией предполагает проведение переговоров и взаимных консультаций с работодателем, представление работодателю мотивированного мнения по тем или иным вопросам.

Статья 26 ТК РФ устанавливает уровни социального партнерства: федеральный, межрегиональный, региональный, отраслевой, территориальный, локальный. Однако эта норма уже не учитывает новейших тенденций в практике заключения социально-партнерских соглашений.

Процессы глобализации, выход российских компаний на международные рынки и появление корпораций, объединяющих отдельных работодателей, имеющих различную степень экономической самостоятельности (основные компании, дочерние организации, зависимые (управляемые) общества), выполняющих разные функции в корпорации (производство, распределение, обслуживание, информатизация, экономическая безопасность, реклама и т.д.), обусловили появление новых видов социально-партнерских соглашений корпоративного типа, не упоминаемых в ст. 45 ТК РФ. Такие корпоративные соглашения (некоторые компании, например ОАО "Газпром", называют их генеральным коллективным договором) заключаются в финансово-промышленных группах, холдингах, транснациональных компаниях и могут иметь как внутрироссийский межрегиональный, так и наднациональный характер. Характерным примером может служить практика крупнейших российских компаний: ОАО "Нефтяная компания "ЛУКОЙЛ", ОАО "Норильский никель", ОАО "Газпром" <1>.

<1> См. подробнее: Корпоративные соглашения в сфере социально-трудовых отношений / Отв. ред. К.Д. Крылов. М., 2005.

Представляется, что появление транснациональных компаний, а также перспектива вступления России в ВТО обуславливают необходимость дополнительной регламентации вопросов заключения социально-партнерских соглашений на международном (прежде всего европейском) уровне. Международная организация труда уже приняла Трехстороннюю декларацию принципов, касающихся многонациональных корпораций и социальной политики (Женева, 16 ноября 1977 г.) с поправками, принятыми в Женеве 17 ноября 2000 г. Констатируя тот факт, что выход многонациональных корпораций при организации своей деятельности за национальные пределы может привести к злоупотреблению сосредоточившейся в их руках экономической мощью и к проявлению противоречий с целями национальной политики и интересами трудящихся, международное сообщество провозглашает принципы в области занятости, профессиональной подготовки, условий труда и быта и трудовых отношений, которые организациям работодателей и трудящихся в многонациональных корпорациях рекомендуется соблюдать на добровольной основе (ст. 7). Одновременно утверждается, что цель Трехсторонней декларации, направленная на установление нового экономического порядка, будет достигаться "посредством принятия правительствами соответствующих законов и политики, мер и решений, а также путем сотрудничества между правительствами и организациями трудящихся и работодателей всех стран (п. 3). Одним из важнейших принципов, который следовало бы имплементировать в российское трудовое законодательство, закреплен в ст. 42 Трехсторонней декларации: многонациональные корпорации должны применять нормы трудовых отношений, которые не менее благоприятны, чем те, которые применяются на аналогичных предприятиях в соответствующей стране.

Характерной особенностью корпоративных соглашений является установление более широкой по сравнению с обычными коллективными договорами сферы действия - соглашения распространяются на всех работающих в компании и контролируемых ею организациях работников. Тем самым подобные соглашения позволяют обеспечить в рамках одной компании принцип равенства прав, возможностей и обращения в отношении основных условий труда применительно ко всем работникам компании независимо от группы предприятий, в которую они входят <1>.

<1> Корпоративные соглашения в сфере социально-трудовых отношений. С. 93.

Следует отметить и появление в корпорациях кодифицированных правовых актов, устанавливающих дополнительные по сравнению с российским законодательством обязательства социально ответственных работодателей, - социальных кодексов. Примером может служить Социальный кодекс ОАО "ЛУКОЙЛ", принятый в 2002 г. В нем устанавливаются корпоративные социальные гарантии работникам и неработающим пенсионерам (ч. I), предусматривается социально ответственное участие компании в жизни общества (ч. II) и определяется

экономическая основа социальных инициатив (ч. III). Интересно, что кроме собственно трудовых правовых вопросов (касающихся прежде всего обеспечения занятости, политики оплаты и мотивации труда, охраны труда и окружающей среды, дополнительных дней отдыха), в Кодексе четко отражена политика компании, направленная на повышение качества жизни работников (в том числе бывших) и их семей. Регламентируются вопросы охраны здоровья, организации отдыха, устанавливаются принципы жилищной политики, меры социальной поддержки семей с детьми и инвалидов, предусматриваются корпоративное дополнительное социальное страхование и негосударственное пенсионное обеспечение. Отдельного внимания заслуживают нормы о социальной поддержке неработающих пенсионеров, инвалидов и лиц, пострадавших от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний.

Таким образом, акты социального партнерства становятся неотъемлемой частью системы источников трудового права.

8. В Трудовом кодексе РФ появились новые правовые конструкции, в том числе заимствованные из гражданского законодательства. Рецепция частноправовых конструкций гражданского права нашла отражение в следующих нормах: ст. 236 ТК РФ устанавливает материальную ответственность работодателя за задержку выплаты заработной платы в виде уплаты процентов в размере не ниже одной трехсотой ставки рефинансирования Центрального банка РФ (аналог - ст. 395 ГК РФ); гл. 59 ТК РФ допускает самозащиту трудовых прав работников (аналогичный способ защиты гражданских прав предусмотрен ст. 14 ГК РФ); ст. 277 ТК РФ предусматривает возможность возмещения убытков руководителем организации по нормам гражданского законодательства, т.е. в полном объеме, с учетом упущенной выгоды, как это предусмотрено ст. 15 ГК РФ; ч. 5 ст. 20 ТК РФ предусматривает субсидиарную ответственность по обязательствам, вытекающим из трудовых отношений, собственников (учредителей) учреждений (рецепция ч. 2 ст. 120 ГК РФ); нормы о компенсации морального вреда, причиненного работнику (ст. 237 ТК РФ), также основаны на цивилистической концепции.

Кодификация и сопутствующая ей инкорпорация позволили исключить полностью или частично из числа источников трудового права около 50 нормативных правовых актов.

Таким образом, трудовое законодательство России пережило четыре этапа кодификации, каждый из которых завершался принятием очередного кодекса, отражавшего потребности современного ему общества и черты соответствующей эпохи. При этом трудовое законодательство сохранило преемственность правового регулирования труда по тем вопросам, которые имели в России прогрессивное решение.

В настоящее время продолжается работа над совершенствованием трудового законодательства. Характерным примером является Федеральный закон от 30 июня 2006 г. N 90, который внес более трехсот поправок в последний Трудовой кодекс РФ и одновременно признал не действующими на территории Российской Федерации целиком или в части 39 нормативных правовых актов Союза ССР, признал утратившими силу 16 российских источников трудового права, в том числе Законы "О коллективных договорах и соглашениях", "О порядке разрешения коллективных трудовых споров", "Об основах охраны труда в Российской Федерации". Необходимость исключения из числа источников трудового права данных нормативных правовых актов была обусловлена двумя причинами: часть из них пришла в противоречие с нормами Трудового кодекса, другие были целиком инкорпорированы в Трудовой кодекс РФ.

Для построения целостной и законченной системы трудового законодательства необходимо принять еще ряд подзаконных нормативных актов, к которым отсылают нормы Трудового кодекса, например о ежегодных дополнительных отпусках работникам, занятым на работах с вредными или опасными условиями (ст. 117), о минимальном размере повышения оплаты труда за работу в ночное время (ст. 154), об особенностях направления работников в служебные командировки (ст. 166) и др.

Безусловно, формирование трудового законодательства России не закончилось принятием Трудового кодекса. Глобализация (в том числе появление такой формы организации бизнеса, как транснациональные корпорации) спровоцировала новую форму организации трудовых отношений - так называемый заемный труд, который также требует адекватной законодательной регламентации.

Обсуждение концепции правового регулирования заемного труда ^{<1>} в Государственной Думе в рамках парламентских слушаний в мае 2004 г. выявило широкий спектр мнений - от категорического неприятия до обоснования необходимости скорейшей ратификации Конвенции МОТ N 181 о частных агентствах занятости (1997 г.) и принятия федерального закона о заемном труде. Представляется нецелесообразным отрицание самой возможности легитимации нового способа оформления трудовых связей, вряд ли можно отвергать то, что стало уже объективной реальностью. Появление новых социальных технологий требует их юридического осмысления и правовой регламентации.

^{<1>} Опубликована в журнале "Хозяйство и право" (2004. N 2 - 3).

С принятием закона о заемном труде появится еще один вид отношений - по трудоустройству к другому пользователю рабочей силы, который не вступает в трудовые отношения с работником, но приобретает по отношению к нему ряд прав и обязанностей работодателя, например право требовать исполнения трудовых обязанностей и бережного отношения к имуществу, соблюдения правил внутреннего трудового распорядка, обязанность обеспечивать безопасность труда и условия, отвечающие требованиям охраны и гигиены труда. Появляется новый субъект трудового права - по терминологии концепции "предприятие-пользователь".

И раз речь идет о расширении предмета трудового права, то и концептуально новый законопроект должен соответствовать целям и задачам трудового законодательства (ст. 1 ТК РФ), а это значит, что в нем должны быть установлены государственные гарантии трудовых прав и свобод граждан, обеспечены благоприятные условия труда, защищены права и интересы работников, работодателей, а также организаций, использующих труд работников, нанятых другим работодателем. Основной задачей должно служить создание необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, пользователей рабочей силы и государства. В интересах работников необходимо сохранить тот уровень основных гарантий в сфере труда, который установлен Трудовым кодексом для работников, принятых на обычных условиях. Разумеется, полностью распространить на них все нормы Трудового кодекса невозможно, поскольку атипичная форма организации труда вызывает потребность специального (с определенными изъятиями и исключениями из общих правил) правового регулирования трудовых отношений "заемных" работников. Задача законодателя - определить, в какой области трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений и в каком объеме возможно отступление от установленных стандартов, с тем чтобы не допустить дискриминации. Государство также может ввести объективно необходимые ограничения и запреты для применения заемного труда на отдельных объектах и в отдельных сферах деятельности, например в организациях, непосредственно обслуживающих особо опасные виды производств, оборудования.

Авторы концепции заемного труда предлагают принять отдельный закон "О защите прав работников, нанимаемых частными агентствами занятости с целью предоставления их труда третьим лицам". Нетрадиционные для трудового права трехсторонние отношения по передаче работников, нанятых одним юридическим лицом (работодателем), другому юридическому лицу (пользователю) являются предметом сразу двух отраслей права - трудового и гражданского, а поэтому целесообразно их комплексное правовое регулирование в рамках одного закона. На наш взгляд, есть необходимость внесения изменений и дополнений в основополагающий закон в сфере регулирования труда - Трудовой кодекс РФ, поскольку согласно ст. 5 ТК РФ в случае противоречия вновь принятого федерального закона Трудовому кодексу федеральный закон применяется при условии внесения соответствующих изменений и дополнений в Кодекс. Прежде всего следует скорректировать ч. 5 ст. 11 ТК РФ, дополнив перечень категорий работников, особенности правового регулирования труда которых устанавливаются Кодексом и иными федеральными законами, указанием на работников заемного труда. Думается, что в разд. XII ТК РФ целесообразно внести отдельную главу "Особенности регулирования труда заемных работников", в которой необходимо подробно прописать всю специфику трудового договора "заемного" работника <1>.

<1> См. подробнее: Головина С.Ю. Содержание трудового договора при заемном труде // Хозяйство и право. 2004. N 9. С. 21 - 25.

Надо полагать, что и в дальнейшем структура занятости будет меняться, что приведет к появлению новых нестандартных форм организации труда, к которым невозможно будет применять Трудовой кодекс в полном объеме, и понадобятся специальные правила для регламентации особых видов трудовой связи.

Следует отметить и противоположную тенденцию - исключение из сферы действия трудового права отношений по прохождению государственной гражданской службы. В соответствии со ст. 73 ФЗ от 27 июля 2004 г. N 79-ФЗ "О государственной гражданской службе Российской Федерации" трудовое законодательство применяется к государственным гражданским служащим по "остаточному" принципу - в части, не урегулированной Законом о государственной гражданской службе.

В качестве итога выделим основную, на наш взгляд, тенденцию развития трудового законодательства - это поиск адекватных правовых механизмов для достижения установленных в ст. 1 ТК РФ целей в условиях становления постиндустриального общества с его новыми социальными технологиями и интеграции России в мировые глобальные процессы.

ЧУБАРОВ В.В.

КОДИФИКАЦИЯ РОССИЙСКОГО ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА (ВЗГЛЯД С ПОЗИЦИЙ ЧАСТНОГО ПРАВА)

1. Кодификация земельного законодательства в России до 1917 г.

В 1832 г. был издан подготовленный II отделением собственной его императорского величества канцелярией под руководством выдающегося государственного деятеля графа М.М. Сперанского 15-томный Свод законов Российской империи. Часть 1 т. X Свода именовалась "Свод законов гражданских".

"Начальником второго отделения, - отмечает в своем фундаментальном труде "История кодификации гражданского права" С.В. Пахман, - был назначен Балугьянский, но всем делом, всеми работами заведовал Сперанский..." <1>. Именно под его руководством была выполнена огромная по своим масштабам работа, состоявшая в подготовке и издании в весьма сжатые сроки с 1826 по 1830 - 1832 гг. сначала Полного собрания законов Российской империи, а затем и Свода законов Российской империи.

<1> Пахман С.В. История кодификации гражданского права: В 2 т. Т. II. СПб., 1876. С. 3 - 4.

Формально и вышедшее в 1830 г. Полное собрание законов Российской империи, которое состояло из 45 томов, и сам Свод законов создавались как сборники инкорпоративные. Однако работа М.М. Сперанского, отмечает В.И. Синайский, не была простым инкорпорированием. "На основании собранных законов... Сперанский создавал положения (статьи), отличающиеся по форме от положенных в основу их законов. Отсюда, из собрания законов, своеобразно переработанных Сперанским, получилось нечто "вроде уложения" <1>. И хотя в дальнейшем В.И. Синайский именует Свод законов гражданских "все же инкорпорацией" <2>, ч. 1 т. X Свода законов как нечто среднее между сводом и уложением (гражданским кодексом) продолжала действовать вплоть до революции 1917 г. <3>.

<1> Синайский В.И. Русское гражданское право. М.: Статут, 2002. С. 79.

<2> Там же.

<3> Большинство современников Свода сходились во мнении, что Свод в полной мере признакам самостоятельного кодифицированного акта не отвечал (см., в частности: Васильковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов. Для начинающих юристов. М., 1997. С. 73). В новейшей литературе можно встретить суждения, по которым "Свод законов можно было бы, с некоторыми оговорками, засчитать за первую доведенную до конца кодификацию российского права..." (Мурзин Д.В. Предисловие от составителя к кн.: Кодификация российского гражданского права: Свод законов гражданских Российской империи, Проект Гражданского уложения Российской империи, Гражданский кодекс РСФСР 1922 года, Гражданский кодекс РСФСР 1964 года. Екатеринбург, 2003. С. 28).

Весьма показательно, что правовой режим земли (земельного участка) определялся в России главным образом законами гражданскими, т.е. нормами частного права, закрепленными в ч. 1 т. X Свода. Не нужно забывать, что экономика России при всем влиянии на нее патриархальных элементов (особенно в сфере крестьянского землевладения) носила рыночный характер. Поскольку земля признавалась товаром, ее оборот регулировался с помощью институтов гражданского права, как-то: вещного права, включая право собственности; наследственного права; институтов сделки, исковой и приобретательной давности и т.п.

К тому времени были разработаны и приняты Устав сельского хозяйства (ч. 2 т. XII Свода законов), Устав горный (т. VII Свода), Устав лесной (ч. 1 т. VIII Свода), Устав строительный (ч. 1 т. XII Свода) и другие законы. Но все они носили характер законов специальных. Общие вопросы, даже столь специфические, как, например, кому принадлежат выкупаемые крестьянами усадьбы и полевые наделы - всему ли крестьянскому двору или его отдельным членам (Высочайше утвержденное 4 января 1888 г. мнение Государственного Совета по делу Армаласа; решение 2-го Департамента Сената от 9 марта 1904 г. по делу Кикоты <1>); требуется ли согласие сельского общества на уступку крестьянином своего надела при общинном землевладении (решение 2-го Департамента Сената N 2766 за 1888 г. <2>) и др., решались на основании Свода законов гражданских.

<1> Цит. по: Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов / Сост. И.М. Тютрюмов. Книга вторая. М., 2004. С. 259.

<2> См.: Там же. С. 280.

Аналогичный подход был выработан и правовой доктриной. Ни у одного из писавших на эту тему авторов не возникало и тени сомнения в том, что земля (земельный участок) является объектом гражданского права <1>. Так, объясняя выбор названия для своей книги "Русское поземельное право", профессор Л.А. Кассо писал: "...всякая недвижимость предполагает наличность земли и... что несомненно, чувствуется потребность выделить учение о недвижимом имуществе из прежней рубрики вещных прав... и создать для недвижимости самостоятельный отдел в системе гражданского права" <2>. Как человек, получивший блестящее образование, в том числе в Германии <3>, он ссылаясь на немецкую юридическую литературу, в которой попытки выделить "Liegenschaftsrecht" (земельное право) как особую часть гражданского права предпринимались уже в то время.

<1> См., например: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995. С. 94 - 112; Мейер Д.И. Русское гражданское право: В 2 ч. Ч. 1. С. 139 - 155; Васильковский Е.В. Учебник гражданского права. М., 2003. С. 116 - 135; Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Ч. 1: Вещные права. М., 2002. С. 80 - 98 и др.

<2> Кассо Л.А. Русское поземельное право. М., 1906. Введение.

<3> См. об этом: Ем В.С., Рогова Е.С. Доктор права - Лев Аристидович Кассо. Вступительная статья к кн.: Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве. М., 1999. С. 4 - 6.

В Своде законов гражданских (ч. 1 т. X) понятие "земля" рассматривалось как разновидность "имущества". Как отмечает, комментируя положения Свода, профессор В.Б. Ельяшевич, термин "имущества" используется в нем для обозначения двух категорий объектов - вещей, т.е. имущества наличных (bona corporalia), и имущества долговых (bona incorporata), т.е. бестелесных <1>. Естественно, что земли (земельный участок) относились по этой классификации к имуществам наличным, т.е. к вещам.

<1> См.: Законы гражданские. Практический и теоретический комментарий / Под ред. А.Э. Вормса и В.Б. Ельяшевича. Вып. 2. М., 1913. С. 5 (автор - В.Б. Ельяшевич). Здесь же В.Б. Ельяшевич пишет о том, что наряду с легальным употреблением понятие "имущество" все более используется в литературе как совокупность имущественных прав и обязанностей одного лица, т.е. как аналог немецкого Vermögen (Там же. См. об этом также: Анненков К.Н. Система русского гражданского права: В 3 т. Т. 1. СПб., 1899. С. 284).

Самым значимым признавалось проводимое в Своде законов деление вещей на движимые и недвижимые. Статья 383 ч. 1 т. X Свода так и гласила: "Имущества суть движимые или недвижимые". При этом законодательное определение недвижимости отсутствовало <1>, а ст. 384 ч. 1 т. X Свода содержала лишь примерный перечень имущества, признаваемых недвижимыми: земли и всякие угодья, дома, заводы, лавки, всякие строения и пустые дворовые места, а также железные дороги.

<1> Законодательное определение движимого имущества в Своде законов также отсутствовало. В нем содержался лишь примерный перечень движимых вещей (ст. ст. 401 - 403 ч. 1 т. X). В науке же движимость определялась отрицательным путем - как все, что не составляет недвижимое имущество (см.: Синайский В.И. Указ. соч. С. 129).

Несмотря на то что в перечне представлены различные виды имущества, из текста самого закона (ст. ст. 386 и 387) и многочисленных теоретических работ того времени отчетливо видно понимание дореволюционными юристами главенствующей роли среди прочих объектов недвижимости земельного участка. Вот как определял, например, недвижимость профессор Г.Ф. Шершеневич: "Под именем недвижимости понимается прежде всего часть земной поверхности и все то, что с нею связано настолько прочно, что связь не может быть прервана без нарушения вида и цели вещи" <1>.

<1> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 96.

Дореволюционные российские юристы прекрасно отдавали себе отчет в том, какую роль играет земельный участок в гражданском обороте, в определении положения человека в обществе и даже в государственном устройстве. "Между недвижимыми имуществами первое место занимает земля, и поземельное владение остается еще и, вероятно, на долгое время останется главной основой всех прочих прав по имуществу, по особенной своей прочности. Право на поземельную собственность до сих пор везде неразрывно связано было с обеспечением личных прав человека. Поземельная собственность дает человеку более твердое и независимое право, чем всякая

другая. Кто сидит на земле, того не так легко вытеснить из владения, как из другого права на движимость" <1>, - писал патриарх российской цивилистики К.П. Победоносцев.

<1> Победоносцев К.П. Указ. соч. Ч. 1. С. 88.

Значение земельного участка как вещи, объединяющей вокруг себя иную недвижимость, заметно и при изучении соответствующей судебной практики. Так, согласно решениям Гражданского кассационного департамента Сената N 136 за 1874 г. и N 102 за 1896 г. строения как принадлежности земли предполагаются собственностью владельца земли <1>. Кто заявляет свои самостоятельные права на постройку, тот должен доказать это (решение Гражданского кассационного департамента Сената N 113 за 1881 г. и N 76 за 1894 г.) <2>.

<1> Цит. по: Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Кн. 2. С. 13.

<2> Там же.

Хорошо известно, что в своем природном состоянии земля является сплошной массой территории. Для того чтобы придать ей характер вещи, т.е. отдельного предмета материального мира <1>, необходимо обособить земельный участок от соседних земель. В дореволюционной России такое обособление производилось на основании Законов межевых (ч. 2 т. X Свода законов) путем установления на границах участков межевых знаков, а также воспроизведением и описанием полученных черчений на плане и в межевой книге <2>.

<1> Именно так определял вещь Г.Ф. Шершеневич. См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 94.

<2> См.: Кассо Л.А. Русское поземельное право. С. 4.

Хотя формально, отмечает С.В. Пахман, ч. 2 т. X редактором Свода законов к разряду общих гражданских законов отнесена не была, "государственное межевание установлено не только для приведения в известность количества земель и угодий... но и для того, чтобы утвердить спокойствие владельцев постановлением правильных и несомненных границ поземельного владения, а эта последняя цель, очевидно, ближайшим образом относится к области гражданского права и именно к укреплению поземельных прав посредством установления бесспорных границ владения" <1>.

<1> Пахман С.В. Указ. соч. Т. II. С. 257.

На большей части Российской империи межевание земель производилось исключительно по инициативе государства в рамках так называемого генерального межевания. Генеральное межевание получило свое название, поскольку: а) должно было распространиться сплошной работой на все пространство российских губерний; б) носило характер обязательного. Оно было начато на основании Манифеста Екатерины II и Межевой инструкции 1766 г., закончилось в основном к середине XIX в. и было, безусловно, успешным, так как базировалось на идее межевания имеющегося спокойного владения <1>. Земельными единицами при проведении генерального межевания были выбраны дачи, которым для дополнительной индивидуализации присваивалось название данной местности, селения или пустоши.

<1> Там же. С. 169 - 170.

Одновременно с установлением границ в порядке генерального межевания пришло время проведения межей в пределах дач общего владения. Подобные действия государства получили название специального межевания. По мнению Л.А. Кассо, законодательству не удалось придать специальному межеванию характер меры принудительной в том смысле, что все владельцы общей дачи обязаны были размежеваться, даже если бы кто-нибудь из сособственников этого не желал <1>.

<1> См.: Кассо Л.А. Русское поземельное право. С. 170.

Важнейшую особенность гражданского законодательства Российской империи составлял тот факт, что роль и значение в нем партикулярного права, т.е. местных законов отдельных частей Империи, были чрезвычайно велики. Царство Польское, Прибалтийские губернии, Великое Княжество Финляндское, губернии Черниговская и Полтавская, Царство Бессарабское, губернии в Закавказье - вот далеко не полный перечень тех составных частей Российской империи, в которых местные гражданские законы играли едва ли не большую роль, чем Свод законов (ч. 1 т. X).

Однако неважно, каков был метод их взаимодействия и насколько кодифицированным было местное законодательство <1>. Важно, что во всех без исключения случаях регулирование отношений по поводу земли осуществлялось на частноправовых началах, т.е. с помощью институтов гражданского права <2>.

<1> Подробнее см.: Пахман С.Д. Указ. соч. Т. II. С. 319 - 485.

<2> См. об этом, в частности: Победоносцев К.П. Указ. соч. Ч. 1. С. 547 - 567, 735 - 738.

В 1882 г. двумя "повелениями" императора Александра III была учреждена Редакционная комиссия по составлению Проекта Гражданского уложения Российской империи - проекта первого классического гражданского кодекса России. Работа комиссии после многочисленных публикаций, обсуждений и доработок увенчалась составлением в 1905 г. сводной редакции всех пяти книг Проекта. К сожалению, в силу начавшейся Первой мировой войны и свершившейся в 1917 г. в России Октябрьской революции, приведшей к власти на большей части бывшей Российской империи партию коммунистов (большевиков), Проект силу закона не приобрел. Однако изучение самого Проекта, а также постатейных комментариев к нему Редакционной комиссии <1> не оставляют сомнений в том, что основная часть регулирования земельных отношений не должна была выйти за рамки будущего Гражданского уложения и, следовательно, частного права.

<1> См., например: Гражданское уложение. Книга первая. Проект Редакционной комиссии. СПб., 1905.

2. Кодификация земельного законодательства в Российской Федерации в советское время (1917 - 1989 гг.)

Уже первым своим Декретом от 26 октября 1917 г. "О земле" <1> Советское государство осуществило национализацию земли по всей стране <2>. В ст. 1 Крестьянского наказа, являвшегося составной частью Декрета "О земле", говорилось: "Право частной собственности на землю отменяется навсегда; земля не может быть ни продаваема, ни покупаема, ни сдаваема в аренду либо залог, ни каким-либо образом отчуждаема" <3>. В Конституции РСФСР 1918 г. (ст. 3) земля, леса, недра и воды были объявлены объектом исключительной государственной собственности и общенародным (национальным) достоянием <4>. Эта норма, многократно повторенная в последующих советских конституциях (ст. 6 Конституции СССР 1936 г. <5>, ст. 11 Конституции СССР 1977 г.) <6>, означала отказ Советского государства от признания земли товаром, изъятие ее из оборота и общий запрет распространять на землю универсальные механизмы гражданского (частного) права.

<1> СУ РСФСР. 1917. N 1. Ст. 3.

<2> В сформировавшейся в советское время науке земельного права довольно серьезно дискутировался вопрос о том, в какой момент была осуществлена национализация земли - одновременно с принятием Декрета "О земле" либо позже, по мере выработки понятия "право государственной собственности на землю" и проведения соответствующих мер по национализации конкретных земель. Сторонником первой позиции выступало большинство представителей науки земельного права. Один из них, Г.А. Аксенонок, в своей известной книге "Право государственной собственности на землю в СССР" называл "вздорными", "извращающими подлинную историческую действительность" взгляды представителя противоположной позиции Г.Н. Полянской (Аксенонок Г.А. Право государственной собственности на землю в СССР. М., 1950. С. 58). Риторика дискуссии довольно точно отражает дух 30-х - середины 50-х годов прошлого века, когда в правовом суждении неожиданно могла быть найдена политическая подоплека.

<3> СУ РСФСР. 1917. N 1. Ст. 3.

<4> Советские конституции: Справочник. М., 1963. С. 129.

<5> Там же. С. 236.

<6> См.: Конституция СССР: Политико-правовой комментарий. М., 1982. С. 61.

Именно изменением государственного, экономического и поземельного строя в России в 1917 г. можно объяснить тот факт, что первый Земельный кодекс РСФСР был разработан и принят параллельно с первым Гражданским кодексом РСФСР. Оба Кодекса приняты в 1922 г., а разрыв между введением каждого из них в действие составил всего один месяц: ЗК РСФСР вступил в силу с 1 декабря 1922 г. <1>, а ГК РСФСР - с 1 января 1923 г. <2>. На долгие годы существования в России советской власти в регулировании отношений по поводу земли подавляющее преимущество получили нормы и методы публичного права. Более того, значительное влияние публично-правового метода регулирования этих отношений продолжало сохраняться на всем протяжении 90-х годов XX в., а порой заметно и в наши дни.

<1> СУ РСФСР. 1922. N 68. Ст. 581.

<2> СУ РСФСР. 1922. N 71. Ст. 904.

Последующие кодификации земельного законодательства также были направлены на совершенствование главным образом публичных методов регулирования земельных отношений. Их в советский период было проведено три. Каждая из них завершалась принятием самостоятельного правового акта, это Земельный кодекс РСФСР 1922 г., Общие начала землепользования и землеустройства от 15 декабря 1928 г. <1>, составившие единую кодификацию Основ земельного законодательства Союза ССР и союзных республик 1968 г. <2>, и Земельный кодекс РСФСР 1970 г. <3>.

<1> СЗ СССР. 1928. N 69. Ст. 642.

<2> ВВС СССР. 1968. N 51. Ст. 485.

<3> ВВС РСФСР. 1970. N 28. Ст. 581. К этому времени в СССР сложилась традиция, по которой кодификация сначала осуществлялась на союзном уровне, а затем уже на республиканском.

Общие начала землепользования и землеустройства 1928 г., разработанные после образования СССР <1> и принятые в качестве общесоюзного закона 4-й сессией 4-го созыва Центрального Исполнительного Комитета СССР, явились относительно самостоятельным кодифицированным актом, принятым в период расцвета сталинской политики, направленной на социалистическую индустриализацию страны (1926 - 1929 гг.). Вот что писали об их роли и месте в регулировании земельных отношений авторы учебника "Земельное право" 1940 г.: "В целом Общие начала землепользования и землеустройства 1928 г. существенно отличаются от Земельного кодекса РСФСР 1922 г. соотношением и удельным весом норм, регулирующих правоотношения единоличного хозяйства, и норм, направленных к непосредственному созданию социалистического хозяйства... В отличие от Земельного кодекса, они выдвинуты в "Общих началах" на первый план, в соответствии с новым этапом аграрной политики советской власти" <2>.

<1> Союз Советских Социалистических Республик (СССР) был образован в 1922 г. как новое федеративное государство, в состав которого ранее созданная Российская Социалистическая Федеративная Советская Республика (РСФСР) вошла на правах учредителя и члена.

<2> Земельное право: Учебник. М., 1940. С. 64.

Базовая правовая модель регулирования земельных отношений была разработана авторами ЗК РСФСР 1922 г. Будучи адаптированной последующими кодификациями к конкретному этапу развития Советского государства, она просуществовала в России вплоть до конца 80-х годов XX в.

Естественно, что в рамках конкретной кодификации содержание модели менялось, однако ее суть оставалась неизменной и сводилась к следующим основным моментам:

1. Право частной собственности на землю отменяется в Российской Федерации навсегда.

2. Все земли в пределах Российской Федерации признаются исключительной собственностью государства и составляют "единый государственный земельный фонд".

3. Земля не только находится в исключительной собственности государства, но и по общему правилу изъята из гражданского оборота. Действия, в прямой или скрытой форме нарушающие право государственной собственности на землю, запрещаются. Признаются недействительными сделки купли-продажи, залога, дарения, аренды, самовольного обмена земельными участками, а также завещания, направленные на незаконное отчуждение земли.

4. Земля предоставляется конкретным физическим и юридическим лицам только в пользование. Субъекты этого своеобразного права - права землепользования - получили законодательное определение "землепользователи" (о том, какие гражданско-правовые титулы на земельный участок все же допускались, см. далее).

5. Единый государственный земельный фонд разбит на конкретные категории земель в зависимости от их основного целевого назначения. Понятие "основное целевое использование земли" определяет правовой режим конкретного земельного участка, объем (содержание) прав конкретного землепользователя и составляет одну из основных его обязанностей. Использование земельного участка не в соответствии с той целью, для которой он предоставлен, влечет за собой прекращение права землепользования.

6. Все споры по вопросам пользования землей разрешаются в административном порядке уполномоченными на то государственными органами. Компетенция судов при разрешении споров о порядке пользования землей крайне ограничена и распространяется главным образом на имущественные споры, связанные с земельными отношениями. К числу последних, как правило,

относятся споры, связанные с возмещением землепользователям убытков, вызванных изъятием земель для государственных или общественных нужд, ущерба, вызванного несвоевременным возвратом земель колхозам и т.п., а также споры о порядке пользования неделимым земельным участком гражданами - сособственниками расположенных на нем строений.

Нетрудно заметить, что в советское время существенно изменился состав так называемых земельных правоотношений. К ним стали относить правоотношения в сферах (1) исключительной собственности государства на землю, (2) управления государственным земельным фондом, (3) землепользования, а также (4) охранительные правоотношения, к числу которых относились вопросы специального государственного контроля за использованием и охраной земель <1>. Выделялись так называемые процессуальные земельные отношения, регулируемые нормами, устанавливающими порядок возникновения, прекращения и осуществления материальных земельных правоотношений <2>. Одновременно выделились в самостоятельные отрасли науки "советского земельного права" и наука "советского гражданского права". Представители этих наук имели все основания утверждать, что гражданское право и земельное право являются самостоятельными отраслями права, поскольку каждая из отраслей действительно обладала своими предметом и методом. Если предметом гражданского права служили имущественные и связанные с ними неимущественные правоотношения, основанные на равенстве и автономии воли его участников, а в качестве основного метода - метод диспозитивности, то предмет земельного права составили упомянутые выше правоотношения, регулируемые главным образом методом подчинения его участников <3>. Напомним, что до революции 1917 г. вопрос о месте земельного права если и обсуждался, то только с позиций относительной самостоятельности гражданско-правовых норм о земельном участке как объекте недвижимости в составе общего гражданского права.

<1> См.: Советское земельное право: Учебник / Под ред. В.П. Балежина, Н.И. Краснова. М., 1986. С. 19 - 20. См. также: Григорьев В.К. Советское земельное право. М., 1957. С. 9 - 12.

<2> См., например: Советское земельное право: Учебник / Под ред. В.П. Балежина, Н.И. Краснова. С. 19 - 20.

<3> Наука советского земельного права на специфических методах правового регулирования земельных отношений настаивала и, опираясь на реальное положение дел, выделяла метод подчинения в качестве основного (см., в частности: Общая теория советского земельного права. М., 1983. С. 106 - 115).

С позиций частного права наибольший интерес в описанной выше правовой модели представляет анализ содержания права землепользования, а также тех единичных точек соприкосновения гражданского и земельного законодательства, которые, несмотря на признание и того и другого самостоятельными отраслями законодательства, сохранялись.

Вот общие черты права землепользования, которые, по мнению представителей науки советского земельного права <1>, были свойственны всем видам землепользования в СССР и в РСФСР:

<1> См. об этом, в частности: Григорьев В.К. Указ. соч. С. 49 - 51; Аксененок Г.А. Указ. соч. С. 251 - 272.

а) "право пользования землей носило производный и зависимый характер от права государственной социалистической собственности на землю. Оно возникало у отдельных предприятий, организаций и граждан в результате предоставления им земельных участков Советским государством" <1>. Здесь уместно добавить, что право так называемого первичного землепользования, которое было основным, можно было получить только в административном порядке от государства по решению соответствующего государственного органа. Возникновение первичного землепользования в силу гражданско-правовых оснований (договор, завещание и т.п.), как правило, было невозможным.

<1> Григорьев В.К. Указ. соч. С. 49.

Под вторичным землепользованием понималась передача первичным землепользователем в установленном законом порядке части предоставленной ему земли в пользование другим субъектам (например, колхоз предоставляет колхозным дворам приусадебные участки).

Важно подчеркнуть, что предоставление земельного участка и в первичное, и во вторичное землепользование носило, как правило, нормированный характер. Землепользователь мог получить земельный участок только в пределах той нормы, которая была установлена государством для конкретного вида землепользования;

б) право пользования имело целевой характер. В итоге использование земли целевым образом рассматривается и как право, и как обязанность землепользователя;

в) право землепользования в основном носило бессрочный характер. Вместе с тем советскому земельному законодательству были известны и срочные права пользования землей. ЗК РСФСР 1922 г., например, к ним относил трудовую аренду земли (разд. II). ЗК РСФСР 1970 г. к числу срочных видов отнес землепользование предприятий, организаций и учреждений для осуществления коллективного огородничества (ч. 2 ст. 76);

г) право землепользования в основном являлось бесплатным. Случаи платности землепользования были единичными и возникали только тогда, когда были прямо предусмотрены законом;

д) пользование землей со стороны отдельных граждан должно было носить исключительно трудовой характер. "Требование, чтобы землепользование носило строго трудовой характер, не знает в настоящее время никаких - даже временных - исключений. Единоличник не вправе ни в коем случае прибегать к найму рабочей силы для каких-либо работ на предоставленном ему земельном участке и ни в коем случае не вправе переуступать кому-либо, хотя бы на самый короткий срок, право землепользования, сдавая землю в аренду. Еще Постановлением ЦИК и СНК СССР от 1 февраля 1930 г. "О мероприятиях по укреплению социалистического переустройства сельского хозяйства в районах сплошной коллективизации и по борьбе с кулачеством" <1> были отменены в этих районах разд. VII и VIII "Общих начал" 1928 г., допускавшие, вслед за Земельным кодексом, применение вспомогательного наемного труда в крестьянском хозяйстве и сдачу земли крестьянскими дворами в трудовую аренду. Ныне, когда колхозный строй охватил всю страну, это положение Закона от 1 февраля 1930 г. распространяется на всю территорию Советского Союза" <2>.

<1> СЗ СССР. 1930. N 9. Ст. 105.

<2> Земельное право: Учебник. М., 1940. С. 151.

Столь пространная цитата из учебника земельного права 1940 г. доказывает, что уже в эти годы в России с реликтами гражданского (частного) права в области земельных отношений в основном было покончено. Она же, как нам кажется, дает небольшое представление о том, какими методами создавался не только в России, но и в иных республиках СССР колхозный строй как система коллективной обработки земли, при которой колхознику - основному участнику сельскохозяйственного производства - земли, вовлеченные в производство, не принадлежали. Земли, предназначенные для сельскохозяйственной, животноводства, садоводства, виноградарства и т.п., принадлежали на праве землепользования юридическому лицу - колхозу, и в этом одна из основных причин последующего превращения бывшего крестьянина сначала в наемного работника, который за конечный результат не отвечает, а затем и краха самого колхозного строя;

е) право пользования землей было неразрывно связано с правом владения ею. "Пользование землей выражается не только в том, что государство наделяет землепользователей определенными правомочиями, но и в том, что им передается в фактическое обладание сама земля как объект права" <1>.

<1> Григорьев В.К. Указ. соч. С. 50.

С учетом сказанного следует прийти к выводу, что существовавшее в России в течение всего советского периода право землепользования было весьма бедным по содержанию правом, субъект которого наделялся правомочиями владения и пользования предоставленным ему государством земельным участком, но лишался права распоряжения им. Закрепленное в земельных кодификациях как некий правовой титул на землю, это право тем не менее не могло рассматриваться ни как вещное, ни как обязательственное.

Дело в том, что с самого начала из него искусственным образом было изъято имущественное содержание <1>. Советское государство тщательно оберегало земельный участок от того, чтобы он признавался товаром и вещью в гражданско-правовом смысле этого слова. Констатация и последствия указанного факта нашли отражение в емкой формуле примечания к ст. 21 ГК РСФСР 1922 г.: "С отменой частной собственности на землю деление имущества на движимые и недвижимые упразднено".

<1> "Земельные правоотношения в СССР, - писал В.К. Григорьев, - отличаются от обычных гражданско-правовых отношений, поскольку они не являются имущественными эквивалентными отношениями, так как с национализацией земли последняя перестала иметь денежную оценку и изъята из гражданского оборота" (Григорьев В.К. Указ. соч. С. 11).

Право землепользования удерживалось Советским государством в лоне публично-правового регулирования, где властвует принцип "все, что не разрешено, то запрещено", сознательно. Отнюдь не случайно, что в одной из работ по теории советского земельного права, "Право государственной собственности на землю в Советском Союзе", ее автор А.М. Турубинер раскрывает основные черты землепользования, главным образом не как права, а как совокупности обязанностей землепользователя <1>.

<1> См.: Турубинер А.М. Право государственной собственности на землю в Советском Союзе. М., 1958. С. 241 - 242.

Сохранению права землепользования в сфере публичного регулирования способствовали такие меры, как административный порядок предоставления земли; провозглашение бесплатности землепользования, включая отказ от какой-либо денежной оценки земли как средства производства и соответственно отказ от отражения ее на балансе предприятия <1>; запрет под страхом недействительности совершать какие-либо сделки с земельным участком; административный порядок защиты прав землепользователей.

<1> См. об этом, в частности: Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. М.; Л., 1948. С. 374 - 375.

Столь своеобразное регулирование земельных отношений привело к тому, что гражданское законодательство (частное право) от регулирования отношений по поводу земли было почти полностью устранено. В ст. 3 ГК РСФСР 1922 г. и в ст. 2 ГК РСФСР 1964 г. <1> прямо говорилось, что земельные правоотношения регулируются земельным законодательством. Какое-то время Советское государство еще допускало существование конкурирующих с правом землепользования титулов на земельный участок, которые регулировались нормами частного права. Согласно ГК РСФСР 1922 г. таким правом служило вещное право застройки, которое обременяло собой право государственной собственности на городской земельный участок (ст. ст. 71 - 84). Однако Указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 1 февраля 1949 г. <2> действие этого права на территории Российской Федерации было прекращено. Аналогичная судьба ждала и право аренды земли, которое было предусмотрено разд. II ЗК РСФСР 1922 г. и разд. VIII Общих начал 1928 г. и первоначально весьма активно применялось на практике. С принятием ЗК РСФСР 1970 г. оно также было упразднено.

<1> ВВС РСФСР. 1964. N 24. Ст. 406 - 407.

<2> ВВС РСФСР. 1949. N 8.

Еще в примечании 4 к ст. 15 Положения о земельных порядках в городах (РСФСР, 1925 г.) <1> содержалось правило о том, что "при переходе в законном порядке от одних лиц к другим арендных прав (перенаем и т.п.) на муниципализированные строения или права собственности на строения частновладельческие все права и обязанности по земельным участкам, обслуживающим эти строения, тем самым переходят к новым арендаторам и владельцам". Это положение применялось на практике и к праву застройки, которое на основании ст. ст. 79 и 185 ГК РСФСР 1922 г. признавалось отчуждаемым <2>.

<1> СУ РСФСР. 1925. N 27. Ст. 188.

<2> См.: Земельное право: Учебник. С. 196.

Показательно, но в дальнейшем норма о том, что при переходе права собственности на строение или при передаче зданий и сооружений от одних предприятий, организаций и учреждений другим вместе с правом собственности или правом оперативного управления на здание или сооружение <1> переходит право пользования земельным участком, не только не была отменена, но и нашла закрепление в ст. ст. 87 и 88 ЗК РСФСР 1970 г. <2>. Кроме того, в ст. 89 ЗК РСФСР 1970 г. содержалось правило о том, что при разрушении строения от пожара или других стихийных бедствий право на бессрочное пользование земельным участком сохраняется за землепользователем, если он в течение двух лет приступит к восстановлению разрушенного строения или возведению нового.

<1> Право предприятий, организаций и учреждений на здание или сооружение как самостоятельное "право оперативного управления" получило законодательное оформление позже, чем принятие в составе Земельного кодекса РСФСР 1970 г. ст. ст. 87 - 89.

<2> Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1970. N 28. Ст. 581.

Сказанное означает, что, будучи не в силах разорвать природную связь здания или строения с землей, Советское государство вынуждено было идти по пути того, чтобы наряду с общим административным порядком предоставления земли в пользование признавать существование в отдельных случаях альтернативного, гражданско-правового способа возникновения права землепользования. Ведь решение вопросов о способах перехода права собственности (права оперативного управления) на здание или строение на всем протяжении существования советской власти находилось в сфере действия гражданского законодательства.

3. Кодификация земельного законодательства в переходный к рыночной экономике период (1990 - 2001 гг.)

В конце 80-х - начале 90-х годов XX столетия Советский Союз и Российская Федерация столкнулись с необходимостью масштабных реформ практически во всех областях жизни и деятельности. В качестве ключевой области следует назвать экономику страны.

Вот что пишет о состоянии дел в области, например, сельского хозяйства в этот период автор учебника "Земельное право России" Б.В. Ерофеев: "Упадок сельского хозяйства достиг критической черты. Доходило до того, что отдельные хозяйственные работники выращивали на своих приусадебных участках больше продукции, чем колхоз или совхоз, предоставившие эти участки" <1>. Автор отмечает, что правовое регулирование земельных отношений в русле социалистических принципов шло с большими трудностями, поскольку их реализация осуществлялась вопреки объективным законам общества и природы. В частности, не был задействован личный интерес производителей сельхозпродукции, поскольку приоритет в земледелии отдавался крупным государственным (совхозам) и кооперативным (колхозам) хозяйствам <2>.

<1> Ерофеев Б.В. Земельное право: Учебник. 9-е изд., перераб. М., 2004. С. 192.

<2> См.: Ерофеев Б.В. Указ. соч. С. 129 - 132.

Лишению крестьян личного интереса в производстве сельхозпродукции во многом способствовала политика национализации крестьянской земли, которую правящая коммунистическая партия и Советское государство провели в 20 - 30-е годы прошлого века. Б.В. Ерофеев даже утверждает, что все это было сделано вопреки уже упоминавшемуся Декрету о земле <1>, хотя едва ли, поскольку, провозглашая в Декрете национализацию всей земли, партия коммунистов (большевиков) перестала скрывать свои истинные намерения. В итоге национализирована была вся земельная собственность, а первоначальный лозунг большевиков "Земля - крестьянам" сначала проводился в жизнь через сохранение за крестьянами их землепользования. В дальнейшем наделение крестьян землей, как и лишение ее, происходило на основе норм советского земельного законодательства в режиме права землепользования.

<1> Там же. С. 130.

"Более чем 70 лет социалистического строительства в России, - пишет далее Б.В. Ерофеев, - доказали необходимость и прогрессивность товарно-денежных отношений и опасность их ущемления" <1>. В итоге на протяжении всех 90-х годов прошлого века в Российской Федерации происходили изменения не только политического и общественного, но и земельного строя. Применительно к последнему они состояли в признании земли товаром. Земельный участок постепенно становится полноценным объектом гражданского (частного) права, так как имущественные (товарные) отношения, основанные на равенстве, автономии воли и самостоятельности участников, о необходимости возврата к которым столь ярко пишет Б.В. Ерофеев, составляют ядро предмета гражданского законодательства и права (п. 1 ст. 2 Гражданского кодекса РФ 1995 г.) <2>.

<1> См. Ерофеев Б.В. Указ. соч. С. 132.

<2> СЗ РФ. 1994. N 32. Ст. 3301.

Первые признаки гражданско-правовых начал в регулировании земельных отношений в эти годы появились в Основях законодательства Союза ССР и союзных республик об аренде <1> и в новом кодифицированном акте земельного законодательства - Основях законодательства Союза ССР и союзных республик о земле <2>. В частности, в Основях законодательства о земле речь шла об аренде земельных участков гражданами, колхозами, совхозами, другими государственными, кооперативными, общественными предприятиями, совместными предприятиями, иностранными государствами, иностранными гражданами и юридическими лицами. В ст. 5 Основ законодательства о земле было введено понятие пожизненного

наследуемого владения землей для граждан СССР. Гражданско-правовой следует считать также процедуру изъятия земли для государственных и общественных нужд, которая включала в себя судебный порядок оспаривания акта административного органа об изъятии земли. В остальной части Основы законодательства о земле сохраняли прежний разрешительный режим пользования землей, который был присущ советскому земельному законодательству.

<1> Ведомости СНД и ВС СССР. 1989. N 25. Ст. 481.

<2> Ведомости СНД и ВС СССР. 1990. N 10. Ст. 129.

Впервые частная собственность на землю была закреплена в ст. 1 Закона РСФСР от 22 ноября 1990 г. "О крестьянском (фермерском) хозяйстве" <1> и в ст. 2 Закона РСФСР от 23 ноября 1990 г. "О земельной реформе" <2>. Характерно, что на момент их принятия нормы этих законов о праве частной собственности противоречили Конституции РСФСР 1978 г. 15 декабря 1990 г. в нее были внесены изменения. Однако утверждать после этого, что право частной собственности на землю приобрело в России всеобъемлющий характер, не приходилось. Возможность предоставления земельных участков в собственность хотя и была предусмотрена на этом этапе ст. 12 Конституции РСФСР 1978 г., но была ограничена 10-летним с момента приобретения права собственности мораторием на куплю-продажу земельных участков <3>.

<1> Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. N 26. Ст. 324.

<2> Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. N 26. Ст. 327. Признан утратившим силу Федеральным законом от 25 октября 2001 г. N 137-ФЗ и Указом Президента РФ от 24 декабря 1993 г. N 2287.

<3> См.: Конституция (Основной Закон) Российской Федерации - России. М., 1992.

25 апреля 1991 г. был принят еще один, шестой по счету за все время существования советской власти, кодифицированный земельно-правовой акт - Земельный кодекс РСФСР <1>. Он также предусмотрел право частной собственности граждан на землю (ст. 7), назвал пожизненное наследуемое владение граждан правом (ст. 7), подтвердил право аренды в качестве правового титула на землю для граждан и юридических лиц (ст. ст. 7 и 13), ввел в качестве права на землю бессрочное (постоянное) пользование земельными участками (ст. 12), ряд иных элементов гражданско-правового регулирования к отношениям по поводу земельных участков. Однако, говоря, например, о праве собственности, ЗК РСФСР 1991 г. практически не предусмотрел возможности совершения сделок с землей. Как справедливо отмечается в литературе, им были предусмотрены два случая, причем в обоих сделки могли совершаться только с местным Советом народных депутатов <2>.

<1> Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. N 22. Ст. 768.

<2> См.: Козырь О.М. Особенности регулирования сделок с землей земельным законодательством // Экологическое право. 2003. N 4.

Аналогичным образом применяли действующее законодательство и судебные органы. Государственное предприятие "Ленторф" предъявило иск о взыскании с Ленинградского кооперативного комплекса "Технолог" недоплаченной последней суммы за проданное торфопредприятие "Соколиный мох". В стоимость передаваемых кооперативу основных средств была включена и стоимость полей добычи торфа, находящихся в государственной собственности и предоставленных объединению во временное пользование. Однако, как подчеркнул Арбитражный суд г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области, согласно ст. 11 ЗК РСФСР 1991 г. продажа или отчуждение земельных участков регулируются в соответствии со ст. 12 Конституции РСФСР 1978 г. В силу ст. 12 Конституции РСФСР продажа или иное отчуждение земельных участков, кроме передачи по наследству, возможны только государству в лице Совета народных депутатов, на территории которого расположен земельный участок. В соответствии со ст. 52 ЗК РСФСР 1991 г. землепользователям вообще не было предоставлено право отчуждения земельных участков. Поэтому Госарбитраж г. Санкт-Петербурга и области в иске о взыскании стоимости торфяных полей отказал, признав, что договор в этой части является недействительным <1>.

<1> См. п. 11 Обзора практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о собственности. Приложение N 1 к письму ВАС РФ от 31 июля 1992 г. N С-13/ОП-171 // Вестник ВАС РФ. 1992. N 1. С. 101 - 102.

Созданный под значительным влиянием идей советского земельного права Земельный кодекс РСФСР 1991 г. в защите прав собственников земельных участков, землевладельцев, землепользователей и арендаторов по-прежнему отдавал приоритет административным способам

защиты гражданских прав. Так, в соответствии со ст. ст. 115 - 119 первоначальной редакции ЗК РСФСР 1991 г. <1> земельные споры должны были сначала разрешаться в местных Советах народных депутатов (ст. 121), а лишь затем в суде или арбитражном суде (ст. ст. 119 и 122 ЗК). Естественно, что уже в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 22 апреля 1992 г. N 6 "О некоторых вопросах, возникших у судов при применении законодательства о земельной реформе" данный подход к защите прав граждан был исправлен. Споры, связанные с земельными отношениями, одной из сторон в которых являются граждане, а также споры по жалобам указанных лиц на решения местной администрации по земельным вопросам были признаны подведомственными судам (п. 1) <2>. По существу аналогичные действия были предприняты Высшим Арбитражным Судом РФ. В совместном Постановлении Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 августа 1992 г. N 12/12 "О некоторых вопросах подведомственности дел судам и арбитражным судам" ВАС РФ не исключил земельные споры между юридическими лицами из разряда экономических (ст. 20 АПК РФ 1992 г.) <3>.

<1> Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. N 22. Ст. 768. В дальнейшем Указом Президента РФ от 24 декабря 1993 г. N 2287 "О приведении земельного законодательства Российской Федерации в соответствие с Конституцией Российской Федерации" (Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. N 52. Ст. 5085) значительная часть норм ЗК РСФСР 1991 г., включая перечисленные, была признана утратившей силу.

<2> См.: Сборник постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации. 1961 - 1996. М., 1997. С. 113 - 115.

<3> См.: Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (1992 - 2000 годы). М., 2001. С. 12 - 15.

Законом РФ от 9 декабря 1992 г. <1> в ст. 12 Конституции РСФСР 1978 г. были внесены изменения, по которым полученные и приобретенные в собственность земельные участки могли быть отчуждены их собственниками без изменения целевого назначения земель и независимо от сроков вступления в собственность. Однако и здесь оставались ограничения: собственник вправе был продать участок либо местным Советам народных депутатов на тех же условиях, на которых участок был предоставлен, либо по договорной цене физическим и юридическим лицам, но только для ведения личного подсобного хозяйства, садоводства, дачного или жилищного строительства. В остальном сохранялся 10-летний мораторий на продажу земельного участка третьим лицам, если участок был предоставлен в собственность бесплатно, и вводился 5-летний мораторий для лиц, приобретших земельный участок за плату.

<1> Российская газета. 1993. 4 января.

Сдерживание гражданско-правового оборота земель с помощью различных публично-правовых ограничений продолжалось и в дальнейшем. Политика Российского государства по поводу прав на землю на всем протяжении 90-х годов XX в. была вынуждена балансировать на грани между существовавшими в обществе полярными взглядами на признание права частной собственности на землю.

12 декабря 1993 г. была принята ныне действующая Конституция Российской Федерации, которая в ст. ст. 8, 9, 35, 36, 55 и 71 заложила реальную конституционную основу для регулирования имущественных отношений по поводу земельного участка нормами частного гражданского права. Указом Президента РФ от 24 декабря 1993 г. N 2287 "О приведении земельного законодательства Российской Федерации в соответствие с Конституцией Российской Федерации" <1> были отменены нормы целого ряда законов о земле, и прежде всего многие нормы ЗК РСФСР 1991 г., которые сдерживали земельный оборот.

<1> Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. N 52. Ст. 5085.

С 1 января 1995 г. в Российской Федерации была введена в действие часть первая гражданского кодекса Российской Федерации. В части первой ГК РФ дается подробное определение недвижимого имущества с включением в него основной составляющей - земельного участка (ст. 130 ГК РФ). Она же заложила основу правового режима недвижимости, введя в ст. 131 ГК РФ норму о государственной регистрации перехода прав на недвижимость и сделок с ней. В разд. II ГК РФ "Право собственности и другие вещные права" по существу была выстроена вся система вещных прав на недвижимость, включая вещные права на земельный участок. Отдельные из них хотя до этого в земельном законодательстве и перечислялись, но как вещные права не рассматривались. В гл. 15 ГК РФ были закреплены основные гарантии, связанные с принудительным прекращением права собственности, в том числе на земельный участок, главная

из которых состоит в исчерпывающем перечне оснований такого прекращения и в соблюдении установленной законом процедуры прекращения права собственности (ст. 235 ГК РФ).

Часть первая ГК РФ включила в себя даже специальную главу 17 "Право собственности и другие вещные права на землю". Ее введение в действие могло существенно помочь либерализации правового регулирования и включению в гражданско-правовой оборот большого количества новых земельных участков. Тем не менее вступление в силу гл. 17 ГК РФ было отложено до введения в действие нового Земельного кодекса РФ (ст. 13 ФЗ от 30 ноября 1994 г. N 52-ФЗ "О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации") <1>.

<1> СЗ РФ. 1994. N 32. Ст. 3302.

Как пишет, раскрывая причины подобного шага, один из разработчиков ГК РФ С.А. Хохлов, "это следствие компромисса, который был достигнут в процессе принятия Гражданского кодекса между представителями различных социальных и политических сил, представленных в Государственной Думе... Аграрники считали, что нельзя вводить гражданско-правовые нормы, касающиеся права собственности на землю, ведь право собственности - это право относительно свободно распоряжаться тем, что тебе принадлежит. Эти правила нельзя вводить, пока не будут созданы специальные нормы, которые ограничивают собственника земли. В Кодексе на возможность таких ограничений указано, но сами ограничения не определены...

Нельзя не согласиться с необходимостью отсрочить применение этих положений. Ведь собственник может делать все с землей, поскольку эта земля не изъята из оборота или не ограничена в обороте. А никаких норм об изъятии земель из оборота, никаких ограничений для них в обороте у нас пока нет. Поэтому глава 17 не будет действовать, пока не будет введен в действие новый Земельный кодекс" <1>.

<1> Хохлов С.А. Право собственности и другие вещные права // Вестник ВАС РФ. 1995. N 8. С. 130.

Как оказалось, с момента вступления в силу части первой ГК РФ должно было пройти почти 7 лет, прежде чем сначала был принят Федеральный закон от 16 апреля 2001 г. N 45-ФЗ "О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации и в Федеральный закон "О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" <1>, который ввел в действие гл. 17 ГК РФ "Право собственности и другие вещные права на землю" (за исключением норм гл. 17 ГК по регулированию сделок с сельскохозяйственными угодьями), и только затем, 25 октября 2001 г., был принят ныне действующий Земельный кодекс РФ (далее - ЗК РФ 2001 г.) <2>.

<1> СЗ РФ. 2001. N 17. Ст. 1644. Вступил в силу с 28 апреля 2001 г.

<2> Вступил в силу с момента его опубликования, т.е. с 30 октября 2001 г.

За тот срок, который отделяет вступление в силу части первой ГК РФ (1 января 1995 г.), гл. 17 ГК РФ (28 апреля 2001 г.), а вслед за ней ЗК РФ (30 октября 2001 г.), не только отпали объективные причины, но и была проделана большая работа по устранению субъективных причин отсрочки введения в действие гл. 17 ГК РФ и принятия ЗК РФ 2001 г.

Были приняты: Федеральный закон от 21 июля 1997 г. N 122-ФЗ "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" <1>, Федеральный закон от 2 января 2000 г. N 28-ФЗ "О государственном земельном кадастре" <2>, Федеральный закон от 18 июня 2001 г. N 78-ФЗ "О землеустройстве" <3> и др., которые легли в основу создания либо реформирования целой сети государственных органов (органов, осуществляющих государственную регистрацию прав; органов, осуществляющих ведение земельного кадастра), обеспечивающих оборот земельного участка как недвижимой вещи.

<1> СЗ РФ. 1997. N 30. Ст. 3594.

<2> СЗ РФ. 2000. N 2. Ст. 149.

<3> СЗ РФ. 2001. N 26. Ст. 2582.

Кроме того, при подготовке самого Земельного кодекса РФ были выполнены указания п. п. 2 и 3 ст. 129 и ст. 260 ГК РФ о том, что, во-первых, должны быть определены вещи (земельные участки), полностью либо ограниченно изъятые из оборота (ст. 27 ЗК РФ) <1>; во-вторых, на уровне федерального закона, а не актами субъектов РФ, как это предлагалось отдельными представителями науки земельного права <2>, были определены земельные участки с особым правовым режимом; в-третьих, сразу после вступления в силу ЗК РФ 2001 г. был принят

Федеральный закон от 24 июля 2002 г. N 101-ФЗ "Об обороте земель сельскохозяйственного назначения" <3>.

<1> На момент принятия части первой ГК РФ перечень объектов, изъятых из оборота либо ограниченных в обороте, включая земельные участки, содержался главным образом в Постановлении Верховного Совета РФ от 27 декабря 1991 г. N 3020-1 "О разграничении государственной собственности в Российской Федерации на федеральную собственность, государственную собственность республик в составе Российской Федерации, краев, областей, автономной области, автономных округов, городов Москвы и Санкт-Петербурга и муниципальную собственность" (Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1992. N 3. Ст. 89) и в разд. 4 Основных положений государственной программы приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации после 1 июля 1994 г., утв. Указом Президента РФ от 22 июля 1994 г. N 1535 (СЗ РФ. 1994. N 13. Ст. 1478).

<2> Цит. по: Клюкин Б.Д. О некоторых проблемах развития земельного законодательства на современном этапе // Государство и право. 1997. N 3. С. 38.

<3> СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3018. Вступил в силу через шесть месяцев со дня его официального опубликования 27 июля 2002 г. в "Российской газете".

4. Правовое значение действующего Земельного кодекса Российской Федерации 2001 г.

Принятие и вступление в силу ЗК РФ 2001 г., а также неразрывно связанного с ним Федерального закона от 24 июля 2002 г. N 101-ФЗ "Об обороте земель сельскохозяйственного назначения" позволили решить целый комплекс проблем, которые на протяжении 90-х годов XX в. либо не решались, либо в решении которых были допущены серьезные ошибки. Важно, что принятие и последующее применение указанных законодательных актов происходило и происходит под непосредственным влиянием и в неразрывной связи с Гражданским кодексом РФ. Достаточно прочитать текст выступления на одном из "круглых столов" заместителя руководителя аппарата Комитета Государственной Думы по аграрным вопросам Н.И. Калинина <1>, чтобы понять, что ГК РФ был тем главным законом, с которым законодатель согласовывал свои действия при разработке Земельного кодекса РФ 2001 г. Среди прочих проблем, которые удалось решить с принятием ЗК РФ 2001 г., можно назвать следующие.

<1> См.: Калинин Н.И. О некоторых проблемах развития земельного законодательства на современном этапе // Государство и право. 1997. N 3. С. 33 - 35.

Во-первых, был дан окончательный ответ на вопрос о том, когда и на каких правовых основаниях может возникнуть право частной собственности на земельный участок в Российской Федерации. До принятия и введения в действие ЗК РФ 2001 г. законность возникновения этого права в судебной практике нередко ставилась под сомнение. Дело в том, что в 90-е годы XX в. право частной собственности на отдельные виды земель вводилось в оборот, как правило, с помощью указов Президента РФ, а не законов, и это обстоятельство давало повод противникам права частной собственности на землю, а также иным заинтересованным лицам оспаривать возникновение прав физических или юридических лиц на конкретный земельный участок, в том числе по этому основанию.

Очень важно, что в п. 9 ст. 3 Вводного закона к ЗК РФ 2001 г. нашла подтверждение законность права частной собственности, а также иных ограниченных вещных прав на земельный участок, возникших до введения в действие ЗК РФ 2001 г., по основаниям, предусмотренным в указанной статье Вводного закона.

В рамках реализации политики так называемой дачной амнистии Федеральным законом от 30 июня 2006 г. N 93-ФЗ ст. 3 Вводного закона к ЗК РФ 2001 г. была дополнена п. 9.1. Указанный пункт предусматривает право граждан зарегистрировать право частной собственности на те земельные участки, которые были предоставлены им ранее для ведения личного подсобного, дачного хозяйства, огородничества, садоводства, индивидуального гаражного или индивидуального жилищного строительства на ином праве, чем право собственности. При этом государственная регистрация права частной собственности гражданина должна производиться в упрощенном порядке, предусмотренном ст. 25.2 Федерального закона "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним", а отдельное решение о предоставлении участка в собственность не требуется.

Во-вторых, в подп. 5 п. 1 ст. 1 ЗК РФ 2001 г. в качестве общего принципа земельного законодательства закреплён принцип "единства судьбы земельного участка и прочно связанных с ним объектов", согласно которому все прочно связанные с земельными участками объекты

следуют судьбе земельных участков, за исключением случаев, установленных федеральными законами.

Так, согласно п. 4 ст. 35 ЗК РФ 2001 г. отчуждение земельного участка без находящихся на нем здания, строения или сооружения в случае, если они принадлежат на праве собственности одному лицу, не допускается. Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в п. 11 своего Постановления от 24 марта 2005 г. N 11 "О некоторых вопросах, связанных с применением земельного законодательства" <1> данное требование закона дополнил тремя важными положениями: во-первых, не подлежат продаже отдельно от земельного участка также здания, строения или сооружения, если они принадлежат на праве собственности одному лицу; во-вторых, сделки, воля сторон по которым была направлена на раздельную продажу земельного участка и расположенной на нем недвижимости, если оба принадлежат на праве собственности одному лицу, являются ничтожными; в-третьих, невозможность раздельного отчуждения земельного участка и расположенной на нем недвижимости применяется и при прекращении права на земельный участок в случае реквизиции, конфискации здания, строения, сооружения, обращения взыскания на указанное имущество по обязательствам его собственника (ст. ст. 242, 243, 237 ГК РФ).

<1> Вестник ВАС РФ. 2005. N 5.

Исключения из общего правила о невозможности раздельного отчуждения земельного участка и расположенной на нем недвижимости, если они принадлежат на праве собственности одному лицу, предусмотрены в п. 4 ст. 35 ЗК РФ 2001 г.

В соответствии со ч. 7 ст. 3 Вводного закона со дня введения в действие ЗК РФ 2001 г. приватизация зданий, строений, сооружений без одновременной приватизации земельных участков, на которых они расположены, также не допускается, за исключением случаев, если такие земельные участки изъяты из оборота или ограничены в обороте.

На наш взгляд, то, что именуется в ЗК РФ 2001 г. принципом "единства судьбы", вполне можно рассматривать как основополагающую идею, по которой земельный участок является главной вещью, а расположенная на нем недвижимость его принадлежностью <1>. Это попытка реализовать в Российской Федерации "мягкую" модель принципа *superficies solo cedit*, которая была характерна для дореволюционного права России. Поскольку в определении понятия "недвижимость" дореволюционное российское право также опиралось на идею "множественности объектов недвижимости" (ст. 384 ч. 1 т. X Свода законов), земельный участок определялся как главная вещь, а расположенные на нем иные объекты (как недвижимые, так и движимые) как его принадлежности.

<1> В то же время в отличие от ст. 135 ГК РФ предусмотренный подп. 5 п. 1 ст. 1 ЗК РФ принцип не допускает отступления от идеи следования судьбе главной вещи по соглашению сторон.

В-третьих, ЗК РФ 2001 г., не называя земельный участок недвижимостью (недвижимой вещью), предусматривает обязательность государственной регистрации права собственности, иных вещных прав, а в случаях, предусмотренных законом, и обязательственных прав на земельный участок (п. 2 ст. 21, п. 9 ст. 23, п. 1 ст. 25). А это в силу требований ст. 131 ГК РФ и ст. 2 и 4 Федерального закона "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" означает прямое признание земельного участка недвижимой вещью.

В-четвертых, в 2003 г. в собственности граждан России находилось 7,3%, а в собственности юридических лиц - 0,3% всего земельного фонда России <1>. Основная часть земельной собственности в России по-прежнему находится в руках государства и муниципальных образований. Важно отметить, что эти земли все чаще вовлекаются в гражданско-правовой оборот. По оценке Министерства экономического развития и торговли РФ, лишь 24% таких земель исключены из оборота либо ограничены в нем <2>.

<1> См.: Греф Г.О. О мерах по реализации земельной реформы и развитию рынка недвижимости // Недвижимость и инвестиции. Правовое регулирование. 2005. N 2. С. 37.

<2> Там же. С. 13.

Одним из наиболее распространенных способов вовлечения государственных и муниципальных земель в оборот является предоставление их под строительство. Правовой механизм предоставления государственных и муниципальных земельных участков для строительства предусмотрен ст. ст. 30 - 33, 38 - 38.2 ЗК РФ 2001 г., п. п. 14 - 16 ст. 3 Вводного закона к ЗК РФ 2001 г. и Градостроительным кодексом РФ <1>. Поскольку данная группа статей ЗК

РФ 2001 г. затрагивает существенные коммерческие интересы, то до сих пор подвергается оживленной критике и соответственно едва ли не самым большим изменениям.

<1> СЗ РФ. 2005. N 1 (ч. 1). Ст. 16.

В-пятых, ЗК РФ 2001 г. в п. 1 ст. 25 предусмотрел в качестве общих оснований возникновения права собственности, ограниченных вещных прав и обязательственных прав на земельный участок основания, установленные гражданским законодательством и федеральными законами. Таким образом, постепенно уходит в прошлое общий административный порядок предоставления земельного участка в пользование, который существовал в кодификациях земельного законодательства советского периода.

Среди прочих оснований возникновения права частной собственности на землю ст. 36 ЗК РФ 2001 г. предусматривается такое, как выкуп земельного участка собственниками расположенных на нем зданий, строений, сооружений в порядке и на условиях, предусмотренных самим Кодексом и иными федеральными законами. На практике данное основание послужило и служит едва ли не самым распространенным основанием приобретения права собственности на земельные участки в городах. Дело в том, что органы государственной и муниципальной власти в крупных городах (Москва, Санкт-Петербург, Краснодар и др.) активно противятся тому, чтобы у них в городе наряду с публичными собственниками появились частные собственники земли. Статья 36 ЗК РФ 2001 г. предоставляет реальный правовой способ бороться с этим противодействием властей.

Так, общество с ограниченной ответственностью "Стальтехкомплект" обратилось в арбитражный суд с иском к государственному учреждению по совершению сделок с имуществом "Фонд имущества г. Санкт-Петербурга" и Комитету по управлению городским имуществом (КУГИ) Санкт-Петербурга о понуждении заключить договор купли-продажи земельного участка площадью 4562 кв. м. В судебном заседании истец на основании ст. 37 АПК РФ 1995 г. уточнил свои требования и просил понудить ГУ "Фонд имущества Санкт-Петербурга" заключить договор на условиях уточненного проекта договора, который был согласован сторонами путем оформления протокола согласований. Решением Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 10 апреля 2002 г. иск был удовлетворен и договор признан заключенным. В апелляционной инстанции дело не рассматривалось. В кассационной жалобе КУГИ Санкт-Петербурга просил решение изменить, увеличив почти в три раза цену продажи земельного участка. Одновременно податель жалобы полагал, что судом неправильно было применено законодательство, определяющее порядок выкупа земельного участка, находящегося в государственной собственности.

В процессе рассмотрения дела в кассационной инстанции было установлено, что истец являлся собственником объекта недвижимости, расположенного на земельном участке площадью 4562 кв. м по адресу: Санкт-Петербург, ул. Камчатская, 7, литера А. Это означает, что в соответствии с п. 1 ст. 36 ЗК РФ 2001 г. ООО "Стальтехкомплект" получило исключительное право на приватизацию расположенного под зданием земельного участка.

В соответствии с п. 5 ст. 36 ЗК РФ истец обратился в КУГИ Санкт-Петербурга с заявлением о предоставлении земельного участка в собственность. Поскольку в двухнедельный срок, как это предусмотрено п. 6 указанной статьи, КУГИ проект договора истцу не направил, ООО "Стальтехкомплект" само направило проект договора ответчикам. Не получив ответа от КУГИ и получив отказ заключить договор купли-продажи от ГУ "Фонд имущества Санкт-Петербурга", общество на основании ст. 36 ЗК РФ 2001 г., ст. 445 ГК РФ, предусматривающих возможность понуждения к заключению договора, обратилось с иском в арбитражный суд. Суд кассационной инстанции аргументов, которые опровергали бы право истца на выкуп земельного участка в собственность, не нашел и оставил решение суда в силе.

Что же касается расчета продажной цены участка, то и в этом случае Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа не нашел должных оснований, чтобы ее изменить. В соответствии с п. 7 Указа Президента РФ от 11 мая 1995 г. N 478 "О мерах по обеспечению гарантированного поступления в федеральный бюджет средств от приватизации" установлено, что выкупная цена земли при продаже земельных участков, на которых расположены приватизируемые здания, строения, сооружения, помещения, объекты незавершенного строительства, не должна быть ниже 5-кратной ставки земельного налога за единицу площади земельного участка. При этом в расчет принимается ставка земельного налога, действующая на дату подачи продавцу заявки на выкуп.

Ставки земельного налога в Санкт-Петербурге были установлены Законом Санкт-Петербурга от 26 июня 1998 г. N 129-21 "О ставках земельного налога в Санкт-Петербурге". Попытки ответчиков при определении продажной цены земельного участка применить повышающие коэффициенты к земельному налогу, введенные Федеральным законом "О федеральном бюджете на 2000 год" и Федеральным законом "О федеральном бюджете на 2001 год", признаны судом

несостоятельными. По мнению суда, с изменением коэффициента земельного налога ставка налога в г. Санкт-Петербург не изменялась <1>.

<1> См.: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 18 июля 2002 г. // Судебная практика по земельным спорам. Кн. 3. Ч. 2 / Руков. кол. сост. П.В. Крашенинников. М., 2004. С. 403 - 407.

В настоящее время в Закон внесены изменения. В соответствии п. 3 ст. 2 Вводного закона к ЗК РФ 2001 г. предусмотрено существование поправочных коэффициентов, учитывающих основные виды использования зданий, строений и сооружений, которые в размере от 0,7 до 1,3 должны утверждаться Правительством РФ и учитываться при определении цены выкупаемого земельного участка. Подробные указания о порядке применения ст. 36 ЗК РФ 2001 г., в том числе в части возможности обязать орган власти к заключению договора купли-продажи земельного участка и определения его выкупной цены, содержатся в п. п. 4 и 9 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 марта 2005 г. N 11.

В-шестых, в ст. ст. 16 - 19 ЗК РФ 2001 г. и в п. 10 ст. 3, ст. ст. 3.1 и 3.2 Вводного закона к ЗК РФ 2001 г. предусмотрен механизм разграничения ранее единой государственной собственности на землю между Российской Федерацией, субъектами РФ и муниципальными образованиями, а также порядок распоряжения конкретными земельными участками, собственность на которые еще не разграничена.

В-седьмых, пусть запоздалое, но признание "права на земельную долю" правом на долю в общей собственности на земельные участки сельскохозяйственного назначения, состоявшееся в гл. III и IV Федерального закона "Об обороте земель сельскохозяйственного назначения", позволило исправить запутанную ситуацию с так называемыми земельными долями в области земель сельского хозяйства.

Дело в том, что ст. ст. 8 - 10 ЗК РСФСР 1991 г. предусматривалась возможность иметь земельные участки в коллективной совместной и коллективно-долевой собственности. При проведении приватизации земель сельскохозяйственного назначения, имущества бывших государственных сельскохозяйственных предприятий и реорганизации колхозов данная ошибочная конструкция успела "дать всходы". Согласно п. 8 Положения о реорганизации колхозов, совхозов и приватизации государственных сельскохозяйственных предприятий, утвержденного Постановлением Правительства РФ от 4 сентября 1992 г. N 708 <1>, при реорганизации колхозов и приватизации совхозов должны были быть определены имущественные паи и земельные доли. При этом правовое содержание понятия "земельная доля" вызвало споры. Отдельные ученые и большинство практиков полагали, что земельная доля в том виде, в каком она представлена в действующем законодательстве, не может считаться объектом права собственности и недвижимым имуществом. Они указывали на то, что при наличии отношений по поводу земельных долей отсутствует непосредственный объект права собственности - конкретный земельный участок. Соответственно, распоряжение земельной долей - это распоряжение обязательственными правами <2>. В то же время действующее законодательство говорило о праве собственности на земельную долю как о праве на некое подобие вещи <3>.

<1> Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1992. N 12. Ст. 931.

<2> См.: Крассов О.И. Право частной собственности на землю. М., 2000. С. 99 - 100; Сыродов Н.А. Нотариальное удостоверение сделок с земельными долями // Бюллетень правовой информации "Земля и право". 1997. N 3. С. 6.

<3> См., например, Постановление Правительства РФ от 1 февраля 1995 г. N 96 "О порядке осуществления прав собственников земельных долей и имущественных паев" // СЗ РФ. 1995. N 7. Ст. 534.

В итоге, с одной стороны, за работниками колхоза, совхоза, другого сельскохозяйственного предприятия, а также приравненными к ним лицами (п. 9 Положения) признавалось право собственности на земельную долю, с другой - они не могли его реализовать, поскольку землей реально продолжало владеть акционерное общество (товарищество - в настоящее время общество с ограниченной ответственностью), созданное этими же работниками в порядке реорганизации колхоза, совхоза, другого бывшего сельскохозяйственного предприятия. На наш взгляд, земельная доля по законодательству о приватизации в сельском хозяйстве никак не вписывалась в гражданско-правовое понимание прав на вещи.

В результате использования в Федеральном законе "Об обороте земель сельскохозяйственного назначения" гражданско-правовой конструкции общей долевой собственности многое в правовом режиме земельной доли прояснилось, в частности: а) право на земельную долю стало подчиняться режиму недвижимого имущества; б) в связи с необходимостью государственной регистрации возникновения, перехода и прекращения права на

долю в общей собственности на земельный участок сельскохозяйственного назначения возникла потребность в описании границ этих земельных участков. Согласно п. 4 ст. 18 Федерального закона "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" и ст. 6 ЗК РФ 2001 г. земельный участок, право на который подлежит государственной регистрации, должен быть описан и внесен в государственный земельный кадастр; в) появилось юридическое обоснование права на выдел доли в праве общей собственности на земельный участок сельскохозяйственного назначения (ст. 13 Федерального закона "Об обороте земель сельскохозяйственного назначения"), которое едва ли было объяснимым при понимании земельной доли как обязательственного права, и т.д.

5. Перспективы дальнейшей кодификации норм об имущественных правоотношениях по поводу земельных участков

Перечисление проблем, получивших свое разрешение с принятием ЗК РФ 2001 г., можно продолжить и дальше. Вместе с тем в результате утраты земельным правом на протяжении 1990-х годов в своем предмете правоотношений, основанных на праве землепользования, возник вопрос о судьбе земельного законодательства. Помимо Земельного кодекса 2001 г. в Российской Федерации были разработаны и приняты Градостроительный кодекс РФ от 29 декабря 2004 г., Лесной кодекс РФ от 4 декабря 2006 г. <1>, Водный кодекс РФ от 3 июня 2006 г. <2>, Федеральный закон от 21 февраля 1992 г. N 2395-1 "О недрах" <3>, ряд иных законодательных актов, направленных на регулирование отношений по поводу земли (земельных участков). Среди них: Федеральный закон от 2 января 2000 г. N 28-ФЗ "О государственном земельном кадастре", Федеральный закон от 24 июля 2007 г. N 221-ФЗ "О государственном кадастре недвижимости" <4>, Федеральный закон от 18 июня 2001 г. N 78-ФЗ "О землеустройстве", Федеральный закон от 24 июля 2002 г. N 101-ФЗ "Об обороте земель сельскохозяйственного назначения", Федеральный закон от 11 июня 2003 г. N 74-ФЗ "О крестьянском (фермерском) хозяйстве" <5>, Федеральный закон от 10 января 1996 г. "О мелиорации земель" <6>, Федеральный закон от 23 ноября 1995 г. N 174-ФЗ "Об экологической экспертизе" <7> и др. Еще больше количество иных нормативных правовых актов - указов Президента РФ, постановлений Правительства РФ, правовых актов министерств и ведомств, также направленных на регулирование этих отношений.

<1> СЗ РФ. 2006. N 50. Ст. 5278.

<2> СЗ РФ. 2006. N 23. Ст. 2381.

<3> ВВС РФ. 1992. N 16. Ст. 834.

<4> СЗ РФ. 2007. N 31. Ст. 4017.

<5> СЗ РФ. 2003. N 24. Ст. 2249.

<6> СЗ РФ. 1996. N 3. Ст. 142.

<7> СЗ РФ. 1995. N 48. Ст. 4556.

Естественно, что одним из основных аргументов представителей науки земельного права в защиту своей отрасли права служит факт принятия Земельного кодекса 2001 г. Вот что пишет по этому поводу И.А. Иконичкая: "Для выделения земельного права в самостоятельную отрасль права сегодня большое значение имеет... наличие кодификационного акта, каковым является ЗК РФ" <1>.

<1> См.: Иконичкая И.А. Земельное право Российской Федерации. М., 2002. С. 35.

В общей теории права и отраслевых дисциплинах принято различать отрасли права и отрасли законодательства <1>. Система права состоит в делении всей совокупности норм на отрасли, подотрасли и правовые институты и выражает структуру его содержания. Она объективна и не может быть изменена без существенного преобразования самого права. Система законодательства, напротив, представляет собой деление не по содержанию, а по форме, это деление источников права, а не самих норм. Поэтому система (структура) законодательства зависит не только от содержания права, но и от прямого усмотрения законодателя.

<1> См.: Алексеев С.С. Общая теория социалистического права. Вып. 1. Свердловск, 1964. С. 233 - 235; Яковлев В.Ф. Экономика. Право. Суд. М., 2003. С. 296 - 307.

Отсюда общий вывод, которого придерживается большинство авторитетных юристов, - система законодательства отличается от системы права. В системе законодательства можно встретить такие нормативные акты, в том числе кодифицированные (Таможенный кодекс, Воздушный кодекс, Транспортный устав железных дорог Российской Федерации и др.), которым самостоятельные отрасли права не соответствуют.

Одним из таких комплексных законодательных актов и является ЗК РФ 2001 г. Ведь даже, по признанию представителей земельного права, в нем можно встретить нормы административного, гражданского и финансового права <1>. Сама структура ЗК РФ 2001 г., во многом позаимствованная у кодифицированных актов советского периода, включает в себя нормы права различной отраслевой принадлежности. Так, гражданско-правовая глава III "Собственность на землю" соседствует с публично-правовой главой II "Охрана земель"; главе XI "Мониторинг земель, землеустройство и государственный земельный кадастр" предшествует гражданско-правовая глава VIII "Возмещение убытков при изъятии земельных участков для государственных и муниципальных нужд" и т.д.

<1> См.: Адиханов Ф.Х. Соотношение норм гражданского права и норм земельного права в регулировании земельных отношений в условиях рынка // Государство и право. 2001. N 1. С. 39.

ЗК РФ 2001 г., в свою очередь, служит ядром столь же комплексной отрасли земельного законодательства, о которой говорится в подп. "к" п. 1 ст. 72 Конституции РФ.

Квалификация земельного законодательства как комплексной отрасли во многом предопределяет решение проблемы соотношения гражданского права и земельного законодательства. В тех случаях, когда по воле законодателя гражданско-правовые нормы располагаются в источниках земельного законодательства, они своей родовой принадлежности не теряют и остаются гражданско-правовыми. В целом данный подход уже воплощен в нормах Земельного кодекса РФ.

Согласно п. 1 ст. 3 ЗК РФ 2001 г. к земельным отношениям отнесены лишь отношения по использованию и охране земель как основы жизни и деятельности народов, т.е. подлежащие регулированию нормами публичного права. Имущественные отношения по владению, пользованию и распоряжению земельными участками, а также по совершению сделок с ними вынесены за скобки земельных и по общему правилу должны регулироваться гражданским законодательством (п. 3 ст. 3 ЗК РФ 2001 г.). Тот факт, что особенности совершения главным образом сделок с земельными участками могут в преимущественном порядке определяться земельным, лесным, водным законодательством, законодательством о недрах, об охране окружающей среды, иными специальными законами, на общий вывод повлиять не должен. Во-первых, эти особенности не меняют сущности регулируемых гражданских правоотношений; во-вторых, речь идет о нормах гражданского права, содержащихся в Земельном, Водном, Лесном кодексах РФ, иных специальных законах.

Составной частью проблемы соотношения гражданского права и земельного законодательства является проблема соотношения гражданского и земельного законодательства. Она является едва ли не самой обсуждаемой на страницах юридической литературы, поскольку от ее правильного разрешения во многом зависит точное применение ГК РФ, ЗК РФ 2001 г., иных федеральных законов о земле на практике <1>. Если суммировать высказанные точки зрения, то они могут быть сведены к следующему.

<1> Достаточно сослаться на опубликованные в печати материалы трех круглых столов по этому вопросу: Предмет земельного права в условиях рынка // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 1992. N 5. С. 30 - 52; Минина Е.Л. О некоторых проблемах развития земельного законодательства на современном этапе // Государство и право. 1997. N 3. С. 32 - 63; Пути развития земельного законодательства Российской Федерации (Материалы круглого стола) // Государство и право. 1999. N 1. С. 41 - 63.

Отдельные представители земельного права полагают, что предмет последнего по-прежнему составляют отношения горизонтального и вертикального типов, которые должны регулироваться исключительно земельным законодательством <1>.

<1> См.: Осокин Н.Н. Пути развития земельного законодательства Российской Федерации (Материалы круглого стола) // Государство и право. 1999. N 1. С. 52 - 53.

Большинство остальных представителей земельного права (Н.И. Краснов <1>, С.А. Боголюбов <2>, И.А. Иконичкая <3>, Ю.Г. Жариков <4>) также исходят из единства предмета, но признают, что указанные отношения могут регулироваться как земельным, так и гражданским законодательством. При этом приоритет отдается нормам земельного законодательства, хотя мотивы подобного шага могут быть различными.

<1> См.: Краснов Н.И. О соотношении земельного и гражданского права при переходе к рыночной экономике // Государство и право. 1994. С. 56 - 60.

<2> См.: Боголюбов С.А. Проблемы применения Земельного кодекса // Иваново-Вознесенский юридический вестник. 2003. N 10. С. 34 - 35.

<3> См.: Иконицкая И.А. Земельное право Российской Федерации. М., 2002. С. 37.

<4> См.: Жариков Ю.Г. О некоторых проблемах развития земельного законодательства на современном этапе // Государство и право. 1997. N 3. С. 41.

Практически все цивилисты (В.А. Дозорцев <1>, А.Л. Маковский <2>, Е.А. Суханов <3>, Л.А. Грось <4> и др.) полагают, что конституционно закрепленная возможность иметь земельные участки не только в государственной или муниципальной, но и в частной собственности означает изменение сферы действия норм гражданского и земельного права. Отсюда общий, уже озвученный вывод о превращении земельного законодательства в комплексную отрасль законодательства <5>. Близкую точку зрения по данному вопросу высказывает представитель науки земельного права И.Ф. Панкратов. Последний, хотя и не называет земельное законодательство комплексной отраслью, в вопросе о соотношении гражданско-правовых норм в ГК РФ и в ЗК РФ 2001 г. приоритет отдает нормам ГК РФ <6>. Далее он отмечает, что к земельно-правовым нормам "относятся главным образом специальные земельно-правовые нормы публичного характера" <7>.

<1> См.: Дозорцев В.А. Проблемы совершенствования гражданского права Российской Федерации при переходе к рыночной экономике // Государство и право. 1994. N 1. С. 26.

<2> См.: Маковский А.Л. Гражданское законодательство. Пути развития // Право и экономика. 2003. N 3. С. 37 - 38.

<3> См.: Суханов Е.А. Земля как объект гражданского права // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 1992. N 5. С. 32 - 35.

<4> См.: Грось Л.А. О сопоставлении понятий "гражданское законодательство", "гражданское право" и "земельное законодательство" и вещных правах на земельные участки // Журнал российского права. 2002. N 9. С. 42 - 43.

<5> См.: Маковский А.Л. Гражданское законодательство. Пути развития. С. 38.

<6> См.: Панкратов И.Ф. Новый Гражданский кодекс и земельное законодательство // Законодательство и экономика. 1996. N 5 - 6. С. 42 - 43.

<7> Там же. С. 43.

Есть еще одно обстоятельство, придающее дополнительное значение правильному разграничению гражданского и земельного законодательства. Принятие земельного законодательства отнесено Конституцией РФ к предмету совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов. Гражданское законодательство, напротив, согласно п. "о" ст. 71 Конституции РФ находится в исключительном ведении Российской Федерации. Таким образом, разграничение этих отраслей между собой приобретает дополнительное практическое значение. Ведь признание того или иного вопроса подлежащим регулированию земельным законодательством допускает в принципе его решение законодателями субъектов Российской Федерации. Согласно сложившейся практике до принятия соответствующего федерального закона субъекты Российской Федерации вправе принимать по этому вопросу собственные законодательные акты.

Квалификация земельного законодательства в качестве комплексной отрасли законодательства дает возможность правильно ответить и на этот вопрос. В частности, она позволяет "уберечь" нормы гражданского права по поводу земельных участков от передачи их на усмотрение каждого из более чем 80 субъектов Российской Федерации. Об опасности такой передачи совершенно справедливо предупреждает А.Л. Маковский. Последний не только показывает, как через изменение правового режима земельного участка субъекты РФ в принципе могут изменять режим иной недвижимости, определяемый федеральным законодательством, но и резонно отсылает к негативному опыту "федерализации" гражданского права и законодательства США и Германии <1>.

<1> См.: Маковский А.Л. Указ. соч. С. 38.

Отдельные попытки подобной "федерализации" имели место и в Российской Федерации. Так, в Московской области вплоть до 20 марта 2002 г. действовал Закон от 27 октября 1995 г. "О порядке прекращения прав собственности на землю" <1>. Между тем в соответствии с п. 3 ст. 55 Конституции РФ и п. 2 ст. 1 ГК РФ даже ограничение права собственности, не говоря уже о его прекращении, может производиться исключительно на основании норм федерального закона.

<1> Его действие было прекращено Законом Московской области от 20 марта 2002 г. N 11/2002-ОЗ "О признании утратившим силу Закона Московской области "О порядке прекращения прав на землю на территории Московской области" (см.: СПС "КонсультантПлюс").

Поскольку правоотношения по реализации права собственности и иных вещных прав, а также обязательственных прав граждан и юридических лиц составляют предмет гражданского права, о чем прямо говорится в п. 1 ст. 2 ГК РФ, какие-либо основания для отдельного регулирования этих прав на земельный участок нормами земельного законодательства в настоящее время отсутствуют. В этой связи нормы гражданского права, содержащиеся в ЗК РФ 2001 г. (за исключением норм о приватизации земельных участков как носящих временный характер), должны быть законодательным путем из него изъяты и перенесены в ГК РФ. Подобный шаг позволил бы достичь сразу несколько целей:

1) дополнительно обеспечить соблюдение конституционных прав граждан и юридических лиц на закрепленные за ними земельные участки. На это обстоятельство, в частности, обращает внимание в докладе на научно-практической конференции "Гражданский кодекс России в действии" (г. Москва, апрель 2007 г.) Председатель Высшего Арбитражного Суда РФ А.А. Иванов. "Анализ практики последних пяти лет показывает, - отмечает А.А. Иванов, - что попытка введения Земельным кодексом РФ дихотомии - либо право собственности, либо аренды - провалилась... В попытке вытеснить из гражданского оборота вещные права владения и пользования чужими земельными участками был сужен объем ранее принадлежавших гражданам и юридическим лицам прав. Но хуже другое: права, принадлежавшие юридическим лицам, оказались под дамокловым мечом их прекращения, если они не будут переоформлены в установленный срок...

Следует признать, что собственность и аренда не удовлетворяют многих интересов, которые имеют обладатели земельных участков. Негативное отношение Земельного кодекса к вещным правам владения и пользования чужими земельными участками должно быть отвергнуто. ГК РФ должен предусматривать возможность возникновения таких прав на будущее время и четко регулировать их содержание. Что касается фискальных интересов государства, то они могут быть достигнуты не только повсеместным введением арендных отношений, но и рационализацией налогообложения" <1>.

<1> Иванов А.А. Права на землю и иное недвижимое имущество - основа стабильного гражданского оборота // Вестник гражданского права. 2007. N 2. С. 24 - 25.

К подобному авторитетному суждению добавить что-либо трудно, за исключением одного обстоятельства. Столь же радикальный подход к ограничению вещных прав граждан и юридических лиц, какой был допущен ЗК РФ 2001 г., при подготовке ГК РФ либо внесении изменений в ГК РФ представить сложно. Для цивилиста понятие "ограниченное вещное право" столь же незыблемо, как и понятие "право собственности". В соответствии с цивилистической доктриной дополнять основания прекращения такого права, равно как и изменять его содержание, допустимо лишь в исключительных случаях. Представители земельного права, чья принадлежность к публичному праву едва ли может быть поставлена под сомнение, к подобным изменениям менее чувствительны. Виды "права землепользования", деление его на подвиды, основания их возникновения и прекращения - все это многократно изменялось в земельном законодательстве советского периода и в последние годы;

2) придать единство правовому регулированию всех имущественных правоотношений по поводу земельного участка, включая единство правового режима его как недвижимой вещи. Дело в том, что количество вариантов соотношения по российскому законодательству прав (титулов) на здание и сооружение (право собственности, право хозяйственного ведения, право оперативного управления, частный сервитут, аренда, субаренда, право доверительного управления, право безвозмездного срочного пользования) с правами (титулами) на земельный участок (право собственности, право пожизненного наследуемого владения, право постоянного бессрочного пользования, частный сервитут, аренда, субаренда, право доверительного управления, право безвозмездного срочного пользования) уже сейчас приближается к 50. Сам факт присутствия двух разных правовых режимов для двух неразрывно связанных между собой вещей, каковыми являются здания, сооружения и земельный участок, таит большую опасность для гражданского оборота, не говоря уже о том, что юристу, специализирующемуся на применении законодательства о недвижимом имуществе, впору осваивать профессию математика.

С учетом сказанного есть основания полагать, что принцип "единства судьбы" как способ постепенной реализации идеи земельного участка как главной вещи, а расположенных на нем движимых и недвижимых вещей - его принадлежностей должен стать принципом не только земельного, но и гражданского законодательства. Одним из первых подтверждений проникновения его в гражданско-правовую "ткань" служит, на наш взгляд, отмена Федеральным законом от 26 июня 2007 г. N 118-ФЗ "О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации в

части приведения их в соответствие с Земельным кодексом Российской Федерации" <1> ст. 553 ГК РФ. Последняя, как известно, регулировала вопросы продажи земельного участка отдельно от расположенных на нем здания, строения или иной недвижимости, при совпадении собственника земельного участка и собственника расположенной на нем недвижимости в одном лице. В контексте того, что говорилось об этом принципе ранее, сказанное означает запрет такой продажи в будущем;

<1> СЗ РФ. 2007. N 27. Ст. 3213.

3) по-новому взглянуть на ряд публичных ограничений права собственности, иных вещных, а также обязательственных прав на земельный участок. Необходимость соблюдать значительное число публично-правовых требований по использованию земельного участка является одной из важнейших характеристик его гражданско-правового режима. Главным таким требованием является использование земельного участка в соответствии с целевым назначением. Толкование п. 2 ст. 6 ЗК РФ 2001 г. о делимости земельного участка не оставляет сомнений в том, что земельный участок, которому были последовательно присвоены различные категории (например, сначала "земли сельскохозяйственного назначения", а затем "земли поселений для индивидуального жилищного строительства"), юридически представляет собой, как правило, две разные вещи.

Возможно, назрела необходимость еще раз взглянуть на действующие нормы земельного законодательства о категориях земель (гл. XIV - XVI ЗК РФ 2001 г.), но уже с точки зрения их роли и места в гражданско-правовом режиме земельного участка;

4) параллельное регулирование правоотношений по поводу земельного участка земельным и гражданским законодательством, а также все еще незначительный процент участков, принадлежащих на праве собственности гражданам и юридическим лицам, привели к тому, что в гражданском законодательстве Российской Федерации практически полностью отсутствуют нормы "соседского права". Речь идет об ограничениях права собственности на земельный участок, закрепленных в законе, но призванных защитить не публичные интересы, а интересы собственников соседних участков. Эти группы норм, берущих начало из римского права, имеют двойной характер. С одной стороны, они способствуют формированию цивилизованных начал во взаимоотношениях между соседями, а с другой - служат мерилом противоправности действий ответчика при подаче негаторного иска. В результате перенесения гражданско-правовых норм ЗК РФ 2001 г. в ГК РФ появилась возможность дополнить ГК РФ нормами "соседского права".

В заключение необходимо отметить, что к числу тех норм земельного законодательства, которые могут быть перенесены в ГК РФ, относятся нормы, содержащиеся в гл. III, IV, VII, VIII, IX ЗК РФ 2001 г., а также все иные, направленные на регулирование имущественных отношений по поводу земельного участка и основанные на равенстве участников. В качестве "базовой" для перенесения указанных норм могла быть использована гл. 17 ГК РФ "Право собственности и другие вещные права на землю", что не исключает размещения отдельных норм в иных главах ГК РФ (например, в гл. 15 "Прекращение права собственности").

РЕШЕТНИКОВА И.В.

СУДЕБНЫЕ РЕФОРМЫ XIX И XXI ВВ. В ОБЛАСТИ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

В науке гражданского процесса Европы и США много внимания уделяется типизации судопроизводства - состязательному и следственному (инквизиционному) процессам. Тип судопроизводства объясняет существенные различия между процессами различных стран. Действительно, исторически сложилось две системы отправления правосудия - инквизиционная, или следственная (inquisitorial), и состязательная, или система противоборства сторон (adversarial). Инквизиционная система получила распространение прежде всего в континентальной Европе, поэтому ее также называют континентальной системой. В инквизиционном процессе "судебная власть приступает к исследованию юридических фактов и отношений по собственной инициативе или по донесению других властей" <1>. Поскольку эта система основывается на романо-германском типе права, то и для ее гражданского процесса свойственны общеправовые принципы: верховенство закона, подчиненное закону положение судебной практики, преобладающее развитие гражданского права, кодификация правил об отпращивании правосудия и пр. Нередко страны, в которых возник данный вид процесса, еще называют странами гражданского права, отдавая должное приоритетному развитию здесь именно названной отрасли права.

<1> Малышев К. Курс гражданского судопроизводства. Т. 1. СПб., 1876. С. 358.

Несмотря на то что английские и американские процессуалисты по-прежнему называют континентальный процесс инквизиционным, на самом деле это уже давно не классическая форма следственного процесса. Как справедливо отмечает польский процессуалист М. Чешлак, инквизиционная система в чистом виде перестала существовать еще в XIX в. <1>. Такие характеристики классического инквизиционного процесса, как тайность, письменность, недопущение процессуального представительства, современному следственному процессу несвойственны, поэтому М. Чешлак называет судопроизводство этих стран смешанным. Кстати, о смешанном характере гражданского процесса говорили и российские процессуалисты конца XIX - начала XX в. <2>, отмечавшие, что следственное начало судопроизводства возлагает на суд обязанность "по своей инициативе выяснить сущность дела, открывает широкое поле для его произвола", последствием чего являются медлительность производства и другие злоупотребления <3>. Так, в России не только провозглашены, но и реально действуют принципы гласности и устности судебного разбирательства дел, а институт процессуального представительства даже шире, чем в странах общего права, так как не только адвокат может быть представителем стороны.

<1> Cieslak M.D. Polska procedura karna: Podstawowe zalozenia teoretyczne. Warszawa, 1984. P. 81 - 82.

<2> См., например: Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. Краснодар, 2005. С. 185.

<3> Там же. С. 191.

Состязательная система судопроизводства возникла в Великобритании, в дальнейшем была воспринята США, Канадой, Индией, Австралией и другими странами, принадлежащими к семье общего права. Поэтому состязательный процесс отличается преобладающим развитием процессуальных отраслей права, отсутствием кодификации, ролью судебного прецедента, большим значением судов в жизни государства. Однако в последние годы состязательный процесс меняется, вбирая в себя отдельные характеристики современного смешанного типа судопроизводства, достаточно вспомнить реформу лорда Вульфа в Великобритании.

В России переход от следственного процесса к смешанному связан с судебной реформой 1864 г., которая действительно кардинально изменила судопроизводство. Этой реформе предшествовала длительная работа ученых и практиков. Поводом к началу законопроектных работ послужило частное дело, в связи с рассмотрением которого в 1848 г. император Николай II высказался как о медлительности непомерной, неудобствах и недостатках российского судопроизводства <1>. "Следственное начало признано было одним из самых главных недостатков нашего судопроизводства, совершенно противным существу гражданских тяжёбных дел" <2>. Результатом судебной реформы XIX в. стало провозглашение в России судопроизводства смешанного типа, вобравшего в себя основные черты состязательного процесса. Однако следственные корни российского судопроизводства не могли исчезнуть бесследно - суд по-прежнему играл более активную роль, чем в странах с классическим состязательным процессом.

<1> Там же. С. 38.

<2> Малышев К. Указ. соч. С. 359.

В социалистический период жизни Российского государства были сохранены принципы состязательности, устности, гласности судопроизводства, независимости судей и иные нововведения 1864 г. Однако по вполне объяснимым причинам процесс стал более следственным. После революции 1917 г. были упразднены ранее действовавшие судебная система и адвокатура. Несколько лет ушло на поиск новой модели судостроительства. Многие юристы отказывались работать в социалистическом государстве, что отразилось как на кадровом составе судов, так и на уровне представительства. Даже в 80-е годы XX в. только система военных трибуналов могла похвастаться тем, что все судьи обладали высшим юридическим образованием. Лица, участвующие в деле, в большинстве случаев представляли свои интересы самостоятельно, суд был вынужден активно участвовать в собирании и исследовании доказательств по конкретным делам, что нашло отражение и в законодательстве. В качестве стандарта доказывания прочное положение занял принцип объективной истины, которая должна была быть установлена по каждому делу. Объективные процессы привели к тому, что советский гражданский процесс утратил некоторые черты состязательности, но в то же время не вернулся к классическому следственному процессу. Гражданское процессуальное законодательство советской России отражало авторитарный режим государства, выразившийся прежде всего в активизации суда при отправлении правосудия. Но необходимо отметить, что в 50 - 80-е годы XX в. активное развитие

получила наука советского гражданского процессуального права. По уровню развития науки этот период можно сравнить с концом XIX - началом XX в.

Причиной судебной реформы 90-х годов XX в. стали экономические изменения Российского государства, а также кардинальное изменение гражданского права. В этот период отмечается стремление привести российский процесс в соответствие с мировыми тенденциями. Одной из таких стойких тенденций было и остается сближение состязательного и следственного гражданского процесса <1>.

<1> См. об этом подробнее: Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. С. 37 - 47.

Знаменательно то, что в этот период происходит как научное, так и законодательное переосмысление целей и задач гражданского судопроизводства. Так, ГПК РСФСР 1964 г. целью гражданского процесса признавал защиту общественного строя, системы хозяйства, собственности, социально-экономических, политических и личных прав и свобод граждан, охраняемых законом интересов граждан, а также прав и интересов государственных предприятий, учреждений, организаций, колхозов, иных кооперативных организаций, их объединений, других общественных организаций (ст. 2 ГПК). Классики процессуальной науки писали, что суд, осуществляя правосудие, выполняет свою обязанность перед государством, а не стороной <1>, не только защищает субъективное право, но и охраняет объективное право <2> и т.д. Современные ученые-процессуалисты, исходя из изменившегося законодательного подхода, подразделяют цели судопроизводства на непосредственные (защита прав субъектов, обращающихся в суд) и опосредованные (укрепление законности и правопорядка, предупреждение правонарушений, формирование уважительного отношения к праву и суду) <3>. Иными словами, на первый план выходит защита прав и законных интересов субъектов, обратившихся в суд за защитой, посредством наделения суда функцией по отправлению правосудия от имени государства.

<1> Гурвич М.А. К вопросу о предмете науки советского гражданского процессуального права // Ученые записки ВИЮН. Вып. 4. М., 1955. С. 52 - 53. Данная точка зрения была подвергнута обоснованной критике К.И. Комиссаровым (Комиссаров К.И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 8 - 9).

<2> Клейнман А.Ф. Некоторые теоретические вопросы учения об иске в советском гражданском процессе // Сб. учен. трудов. Вып. 3 / Саратовский юридический институт. 1969. С. 148 - 149.

<3> Плюхина М.А. (Куликова М.А.) Процессуальные средства обеспечения эффективности судопроизводства по гражданским делам: Автореф. канд. дис. Екатеринбург, 2002. С. 11.

С 90-х годов XX в. начался второй этап сближения российского процесса с состязательным судопроизводством с учетом зарубежного опыта и судебной реформы 1864 г. Временные рамки судебной реформы современного периода - это 90-е годы XX в. (с момента одобрения Постановлением Верховного Совета в 1991 г. Концепции судебной реформы) - начало XXI в. Конец XX в. ознаменован судеустройственными изменениями, а также началом реформы в области гражданского процесса. В 1995 г. были приняты изменения и дополнения действующего ГПК РСФСР, которые носили революционный характер. Ядром изменений, вокруг которого вращались все иные новации, было развитие состязательности. При этом если судебная реформа 1864 г. основывалась прежде всего на опыте кодификации Франции и в меньшей степени на австрийском и прусском законодательствах, то процессуальные кодексы XXI в. немало вобрали в себя из английского и американского законодательства.

При сравнении основных черт судебных реформ 1864 г. и XXI в. следует отметить четыре отличительных момента реформы последних лет. Во-первых, судеустройственное направление реформы XXI в. было реализовано в конце XX в., а судопроизводственное - в начале XXI в. Во-вторых, российское судопроизводство конца XX - начала XXI в. было уже смешанного типа, речь шла о дальнейшем совершенствовании судопроизводства по направлению к развитию состязательности в отличие от реформы 1864 г., шагнувшей из следственного процесса в состязательный. Кроме того, первые изменения процессуального законодательства состязательного характера были сделаны в 1995 г., когда впервые из Гражданского процессуального кодекса РСФСР был убран принцип объективной истины, восстановлены некоторые процессуальные институты, введенные реформой 1864 г. В-третьих, судебная реформа XXI в. проходила на фоне кардинального изменения гражданского законодательства. В XIX в. судебная реформа не затрагивала право гражданское. Как отмечал Е.А. Нефедьев, "изменения в судопроизводстве были немыслимы без изменения материального права, между тем реформа не могла коснуться последнего" <1>. В-четвертых, в современной России была создана самостоятельная ветвь единой судебной системы - арбитражные суды. Арбитражное

процессуальное законодательство совершило гигантский рывок вперед за 10-летний период (с 1992 по 2002 г. - три процессуальных кодекса) от первого АПК, очень похожего на ГПК РСФСР, до АПК 2002 г. - современной модели кодекса европейского уровня.

<1> Нефедьев Е.А. Указ. соч. С. 41.

Судебные реформы XIX и XXI вв. имеют много общего. Так, к основным чертам судебной реформы 1864 г. принято относить: отделение судебной власти от законодательной и административной, придание статусу судьи независимости; введение состязательного порядка судопроизводства, гласности и устности процесса; изменение системы обжалования судебных решений <1>. Эти же черты характеризуют реформу судопроизводства конца XX - начала XXI в.

<1> Нефедьев Е.А. Указ. соч. С. 40.

1. Отделение судебной власти от законодательной и административной, придание статусу судьи независимости - это кардинальное положение судебных реформ как XIX, так и XXI в. До судебной реформы 1864 г. действовал принцип, согласно которому суд не мог приступить к рассмотрению дела без наличия точного и ясного закона. Если такого закона не было, то суд был обязан обратиться к губернскому начальству, которое доносило о том Правительствующему Сенату. Толкование Сената применялось также и при наличии противоречий в законодательстве. Решения суда по делам казенным подлежали утверждению губернатором. Надзор за судебными местами был вверен губернаторам и губернским правлениям. Судебные акты исполнялись органами полиции. Можно привести и другие примеры смешения законодательной, исполнительной и судебной власти до 1864 г. <1>.

<1> Подробнее см.: Там же. С. 47 - 50 и др.

Статья 9 Устава гражданского судопроизводства предписала: "Все судебные установления обязаны решать дела по точному разуму существующих законов, а в случае их неполноты, неясности, недостатка или противоречия основывать решение на общем смысле законов".

Современной России, безусловно, не приходилось решать столь глобальные проблемы, ибо существовали законом определенные гарантии независимости судей. Но также требовалось придание особого статуса судьям, обеспечивающего законное и независимое судопроизводство. В конце XX в. произошло отделение судебной власти от законодательной и исполнительной. В результате Россия опередила многие государства, выведя суды из организационного подчинения Министерству юстиции и создав органы судейского сообщества - Совет судей и Высшую квалификационную коллегию судей с их органами в субъектах Российской Федерации. Позже возникает Судебный департамент при Верховном Суде РФ. Судебная деятельность перестала быть надзорной прокуратуре. Сама судебная система была окончательно оформлена к концу 1996 г., когда был принят Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. N 1-ФКЗ "О судебной системе Российской Федерации" с выделением федеральных судов и судов субъектов Российской Федерации. Лишь несколько позже произошло дополнение судебной системы созданием самостоятельных апелляционных арбитражных судов.

Надо сказать, что в социалистической России, практически с первых декретов о суде, провозглашался принцип независимости судей, подкрепленный определенными судопроизводственными гарантиями (особый порядок привлечения судьи к уголовной, административной и дисциплинарной ответственности и пр.). Однако всесторонне и полно статус независимого российского судьи был закреплен Законом РФ от 26 июня 1992 г. N 3132-1 "О статусе судей в Российской Федерации". С принятием названного Закона гарантии независимости были существенно дополнены не только правовыми, но и экономическими и политическими гарантиями.

2. Введение состязательного порядка судопроизводства, гласности и устности процесса - основное и кардинальное направление судебной реформы 1864 г. в области гражданского судопроизводства. Вместе с тем нельзя не сказать, что до следственного процесса в судопроизводстве России были элементы состязательной процедуры. Например, в Правде Ярослава предусматривалось словесное изложение требования заявления, что свидетельствует об устности. А во времена действия Судебника Ивана Грозного развивалась протокольная форма: в протокол вносились показания участников процесса, на основе этих записей разрешалось дело. До середины XIX в. в России царствовал классический следственный процесс.

Знаменательно то, что черты состязательного судопроизводства, введенные в процесс в 1864 г. и выделенные российскими процессуалистами К. Малышевым, Е.А. Нефедьевым, немецкими учеными К. Бюлловым, Канштейном и другими в конце XIX - начале XX в., совпадают с теми новациями, которые привнесены в современный российский процесс судопроизводства <1>.

Эти же черты положены в основу судопроизводства стран с классическим состязательным типом судопроизводства (Великобритания, США и др.) <2>. Вместе с тем современная реформа - это не повторение реформы 1864 г., ибо российское законодательство использовало накопленный опыт как российского, так и зарубежного судопроизводства.

<1> См., например: Гольмстен. Состязательное начало. 1894; Окольский. Состязательный процесс в Уставе гражданского судопроизводства // Журнал гражданского и уголовного права. 1880. N 2 - 4; Таранова Т.С. Реализация принципа состязательности в гражданском судопроизводстве: Автореф. канд. дис. Минск, 2001; Самсонов В.В. Состязательность в гражданском процессуальном праве: Автореф. канд. дис. Саратов, 1999; Шишкин С.А. Состязательность в гражданском и арбитражном судопроизводстве. М., 1996, и др.

<2> См. подробнее: Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. С. 9 - 36.

Первая черта состязательного процесса: "суд не производит гражданских дел без просьбы заинтересованных лиц" <1>, или "никто не может быть принужден к предъявлению иска против своей воли" (*nemo invitus agree cogitur*) и "нет судьи без истца" (*nemo iudex sine actore*) <2>. Вся инициатива, вызывающая движение процесса, принадлежит частным лицам, а не суду <3>. Указанная черта состязательного процесса отражает диспозитивность гражданского судопроизводства. В свою очередь, именно диспозитивные начала связывают гражданское и гражданское процессуальное (арбитражное процессуальное) право.

<1> Малышев К. Указ. соч. С. 359.

<2> Васильковский Е.В. Учебник гражданского процесса. Краснодар, 2003. С. 124.

<3> Там же.

В состязательном процессе нельзя считать суд совершенно пассивным: он обязан принимать меры к охране общественного интереса. АПК РФ и ГПК РФ 2002 г. полностью выдержаны в данном духе. Инициатива в совершении всех процессуальных действий принадлежит лицам, участвующим в деле. Однако иногда такой подход приводит к невозможности своевременного и правильного рассмотрения и разрешения дела. К примеру, ст. 131 АПК РФ сконструировала правило о представлении ответчиком отзыва на иск. В науке и на практике по-разному толкуется положение о представлении отзыва на иск: как право ответчика и как его обязанность. На практике ответчик не всегда заблаговременно направляет отзыв на исковое заявление, в ряде случаев представляет его непосредственно перед судебным заседанием или вообще не представляет, и у суда отсутствуют механизмы воздействия на законопослушную сторону.

Обмен состязательными документами и раскрытие доказательств традиционно принято считать состязательными институтами, хотя обмен состязательными документами в России действовал и в XVIII в. по Воинскому уставу, служил основой для письменного процесса в рамках следственного судопроизводства. По реформе 1864 г. обмен состязательными документами включал в себя направление прошения, ответ на прошение, возражение и опровержение. Для направления каждого из указанных документов устанавливалось время. Если одна из сторон пропускала установленный срок для направления своего документа, то вторая сторона получала право просить суд о немедленном назначении заседания для слушания дела. Эта процедура обмена состязательными бумагами называлась предварительной письменной подготовкой дела <1>.

<1> Нефедьев Е.А. Указ. соч. С. 290 - 291.

За рубежом обмен состязательными документами предполагает ограничение времени на представление отзыва на иск, возражения на отзыв и отзыва на возражение, аналогичным образом были установлены сроки в Уставе гражданского судопроизводства 1864 г. Кстати, и в XIX в. процессуалисты считали, что представление ответа на иск - это право, а не обязанность ответчика. Но при этом закон предусматривает своеобразные процессуальные последствия. Так, в английском процессе активный обмен состязательными документами приводит к сокращению фактов, подлежащих доказыванию: если ответчик не оспаривает факты, указанные истцом, то они считаются признанными, если стороны не указали какие-либо факты, то они не включаются в предмет доказывания. Устав гражданского судопроизводства 1864 г. также предусматривал последствия нарушения ответчиком срока представления ответа на иск (ст. ст. 317, 318, 320, 321).

Обращение к научному наследию подсказывает решение проблемы. Е.А. Нефедьев, анализируя понятие гражданского процесса, отмечает, что законодательство, развиваясь, стремится к смягчению власти суда. Цель должна достигаться при возможно меньшем употреблении прямого принуждения тяжущихся: "Прямое принуждение к совершению тех или иных

действий заменяется указанием в законе невыгодных последствий, которые наступают для тяжущихся при их несовершении" <1>. Иными словами, Е.А. Нефедьев более 100 лет тому назад отметил важнейшую черту законодательного подхода к отражению состязательного начала: суд не принуждает лиц, участвующих в деле, к совершению определенных действий, но при их несовершении для них наступают негативные последствия, предусмотренные законом. По тому же пути идет и зарубежное законодательство. Так, закон устанавливает сроки для обмена состязательными документами; если стороны этим не воспользовались, они не будут оштрафованы или иным образом наказаны судом. Это ни к чему, ибо закон предусмотрел иные процессуальные последствия, о которых говорилось выше. Поскольку цель судопроизводства - разрешение правового спора, то и процессуальные последствия должны способствовать достижению данной цели: несоблюдение закона стороной, невыполнение процессуальной обязанности, отказ от реализации процессуального права предусматривают последствия, связанные с возможным проигрышем дела.

<1> Там же. С. 255.

Попытка ввести такого рода санкцию была предпринята в АПК РФ 2002 г. В соответствии со ст. 65 АПК лица, участвующие в деле, вправе ссылаться только на те доказательства, с которыми другие лица, участвующие в деле, были ознакомлены заблаговременно. Невыполнение требования, предусмотренного ст. 65 АПК, является запретом лицам, участвующим в деле, ссылаться на доказательства, с которыми другие лица, участвующие в деле, не были ознакомлены заблаговременно (ч. 4 ст. 65 АПК). АПК пошел по пути введения процессуальной санкции, влияющей на окончательный результат разрешения дела. Однако судьи оказались перед дилеммой: если не допустить нераскрытое доказательство, то решение может быть отменено. Поэтому судьи не соблюдают запрет ст. 65 АПК. Так, практика отмены судебных решений оказала негативное влияние, в результате чего происходит игнорирование судами первой инстанции нормативного запрета.

Следовательно, современное российское процессуальное законодательство предполагает инициативность лиц, участвующих в деле, но не всегда существуют законодательно закрепленные последствия несоблюдения закона стороной, невыполнения процессуальной обязанности или отказа от реализации процессуального права. И даже при законодательном урегулировании процессуальных последствий они не всегда реализуются на практике под влиянием страха отмены судебного акта.

Вторая черта состязательного процесса: суд не должен выходить за пределы требований сторон. По законодательству XIX в. предусматривалось одно исключение из данного положения - взыскание судебных расходов. Это положение также провозглашено в ныне действующих АПК РФ и ГПК РФ. Практически очень редко имеет место выход суда за пределы заявленных требований. Однако косвенный выход имеет место, особенно при определении способа защиты нарушенных прав. Так, при подаче заявления об оспаривании действий (бездействия) регистрационной службы по регистрации прав на недвижимость заявитель часто избирает путь административного производства - оспаривание действий Федеральной регистрационной службы по правилам административного производства. Лицо оформляет заявление, уплачивает государственную пошлину в соответствии с обжалованием действий государственного органа. Судья, принимая заявление, понимает, что дело должно быть рассмотрено по правилам искового производства, поскольку речь идет не об оспаривании действий по регистрации прав на недвижимость, а о материально-правовом споре о праве собственности на объект недвижимости. Однако судья не может самостоятельно изменить предмет требования, сторона же в силу принципа диспозитивности избрала не исковый путь защиты своих прав. Как быть, если заявитель не желает изменить предмет требования: вопреки этому рассмотреть дело в исковом порядке или оставить заявление без рассмотрения и предложить заявителю предъявить иск? На практике используется первый путь, да и АПК РФ не предусматривает подобного основания для оставления заявления без рассмотрения. Может ли суд игнорировать волю заявителя по выбору способа защиты своих прав и интересов? Если выбран неверный способ, видимо, следует выбирать процессуальный путь (в нашем примере - введение в закон нормы об оставлении заявления без рассмотрения до урегулирования спора в исковом порядке <1>). Этот пример свидетельствует о наличии определенного пробела в законодательном регулировании последствий неправильного выбора способа защиты нарушенного права, а также о сохранении активности суда. ГПК РФ пошел по иному пути: "В случае, если при подаче заявления в суд будет установлено, что имеет место спор о праве, подведомственный суду, судья оставляет заявление без движения и разъясняет заявителю необходимость оформления искового заявления с соблюдением требований статей 131 и 132 настоящего Кодекса. В случае, если при этом нарушаются правила подсудности дела, судья отказывает в принятии заявления" (ч. 3 ст. 247 ГПК РФ). Безусловно, не всегда возможно определить характер спора на момент принятия заявления. Если позже выяснится, что дело из

публичных правоотношений в действительности является спором о праве, то Пленум Верховного Суда РФ рекомендует применять по аналогии норму, регулирующую сходные отношения в особом производстве: "В случае, если при подаче заявления или рассмотрении дела в порядке особого производства устанавливается наличие спора о праве, подведомственного суду, суд выносит определение об оставлении заявления без рассмотрения, в котором разъясняет заявителю и другим заинтересованным лицам их право разрешить спор в порядке искового производства" <2> (ч. 3 ст. 263 ГПК РФ). ГПК РФ предлагает более верный процессуальный путь решения вопроса о рассмотрении дела при ошибочном определении способа защиты нарушенных прав. Кстати, такой же путь был бы возможен и для арбитражного процесса, поскольку ч. 3 ст. 217 АПК предусматривает возможность оставления заявления об установлении фактов, имеющих юридическое значение, без рассмотрения при выяснении спора о праве. Часть 6 ст. 13 АПК РФ предусматривает применение аналогии, однако в судебно-арбитражной практике пока не распространен аналогичный подход.

<1> Сразу оговоримся, что данное предложение противоречит сложившейся судебно-арбитражной практике, в которой устоявшимся является рассмотрение таких дел по правилам искового производства.

<2> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20 января 2003 г. N 2.

Этот частный пример свидетельствует о сохранении активности суда и о стремлении процессуальные проблемы решать на основе применения власти суда, что противоречит диспозитивности арбитражного процесса.

В России существует крайне выгодная ситуация для развития процессуального законодательства: одновременное действие двух процессуальных кодексов, регулирующих гражданское судопроизводство, - АПК РФ и ГПК РФ. Однако, к сожалению, этот потенциал не используется в полной мере, хотя и в том и в другом Кодексе есть рациональные процессуальные находки, позволяющие совершенствовать деятельность суда по отправлению правосудия.

Третья черта состязательного процесса: суд не должен разыскивать и принимать во внимание факты и доказательства, которые не заявлены ему сторонами, спорные отношения сторон обсуждаются только по тем фактам, которые сообщены суду тяжущимися <1>. Данная черта касается лишь фактического материала, но не юридических норм. В основе такого подхода лежит взаимосвязь гражданского процесса с гражданским правом: "Гражданские отношения составляют ближайшую обстановку жизни каждого лица, процесс более или менее разоблачает этот сокровенный мир, в котором приютилось и действует лицо. Но такое разоблачение часто бывает вредно для него... Вот почему, даже когда начался процесс, судебная власть не должна проникать за ту завесу домашних и хозяйственных отношений, которую не хотят поднять сами тяжущиеся" <2>.

<1> Малышев К. Указ. соч. С. 357.

<2> Там же. С. 358.

В то же время суд может задавать сторонам и свидетелям вопросы, указывать на недостаток доказательств по существенным фактам дела и предлагать им пополнить этот недостаток, если они того хотят (ст. 368 Устава гражданского судопроизводства 1864 г.) <1>. Обязанность суда в следственном процессе по своей инициативе выяснять сущность дела открывала широкое поле для произвола суда, по этой причине суд был отстранен от собирания доказательств <2>. Несложно заметить, что толкование роли суда в состязательном процессе в указанном смысле совпадает у российских процессуалистов XIX - начала XX в. и современных ученых стран с состязательным типом судопроизводства.

<1> Там же. С. 359 - 361.

<2> Нефедьев Е.А. Указ. соч. С. 36.

В ГПК РСФСР с 1995 г. суд общей юрисдикции был устранен из процесса собирания доказательств, также поступили АПК РФ и ГПК РФ 2002 г. Суд лишь содействует сторонам в собирании доказательств при наличии их обоснованных ходатайств. На практике очень редко судьи по старинке по собственной инициативе истребуют доказательства, поэтому можно сказать, что это положение состязательного процесса выполняется и на практике. В дореволюционном процессе суд мог по своей инициативе осуществлять, например, осмотр доказательств на месте, назначать проведение экспертизы и пр. Такая же практика была свойственна советскому гражданскому процессу. Сегодня у арбитражного суда осталась лишь возможность самостоятельного назначения повторной и дополнительной экспертиз, а также самостоятельного истребования от органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных

органов, должностных лиц доказательств по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, при их непредставлении названными органами (ч. 5 ст. 66 АПК). Суд общей юрисдикции сохранил право назначать экспертизу по своей инициативе.

Вместе с тем не все так просто. В силу АПК РФ и ГПК РФ суд может предложить сторонам представить дополнительные доказательства, соответственно сторона по своему желанию представляет их или не представляет. Однако если сторона не представила доказательство и суд вынес решение на основе имеющихся в деле доказательств, то такое решение может быть отменено вышестоящей инстанцией. Так, согласно ч. 1 ст. 362 ГПК РФ основанием для отмены или изменения решения суда является недоказанность установленных судом первой инстанции обстоятельств, имеющих значение для дела. В советский период было закономерным наличие такого основания для отмены судебного решения, как недоказанность обстоятельств дела, ибо суд был не только в праве, но и обязан собирать доказательства по делу самостоятельно даже без наличия на то ходатайства лиц, участвующих в деле. Сегодня же суд лишен такого права, он лишь может предложить стороне представить доказательства фактов, входящих в предмет доказывания. У суда нет ни обязанности, ни права вести следствие по делу или принуждать сторону к представлению доказательств. В связи с этим более правильной с позиции законодательной техники является формулировка основания отмены судебного решения, приведенная в АПК РФ: "Недоказанность имеющих значение для дела обстоятельств, которые суд считал установленными" (п. 2 ч. 1 ст. 270 АПК РФ). Но даже и в этом случае отмена судебных решений в арбитражном процессе в связи с недоказанностью обстоятельств дела имеет место очень часто. Кассационная инстанция, отменяя решения суда первой инстанции, указывает, что суд вынес необоснованное решение, следовало исследовать и другие доказательства, даже если в протоколе судебного заседания отмечено, что у сторон не имеется иных доказательств. Более того, встречаются указания кассационной инстанции о том, что суд обязан был установить определенные обстоятельства. Видимо, призрак объективной истины будет витать еще очень долго.

Иными словами, состязательное судопроизводство сталкивается с отсутствием соответствующего ему стандарта доказывания.

Как следствие желания по каждому делу установить истину можно рассматривать отступление от установленных в законе ограничений по допуску доказательств в апелляционной инстанции. Так, в силу ст. 268 АПК РФ апелляционная инстанция вправе исследовать дополнительные доказательства только в случаях, прямо установленных в законе:

- дополнительные доказательства принимаются арбитражным судом апелляционной инстанции, если лицо, участвующее в деле, обосновало невозможность их представления в суд первой инстанции по причинам, не зависящим от него, и суд признает эти причины уважительными (ч. 2 ст. 268 АПК РФ). Особо отметим, что закон подчеркивает обязанность лица, участвующего в деле, доказать невозможность представления доказательств в суд первой инстанции;

- при рассмотрении дела в арбитражном суде апелляционной инстанции лица, участвующие в деле, вправе заявлять ходатайства о вызове новых свидетелей, проведении экспертизы, приобщении к делу или об истребовании письменных и вещественных доказательств, в исследовании или истребовании которых им было отказано судом первой инстанции (ч. 3 ст. 268 АПК РФ).

Однако анализ судебно-арбитражной практики показывает, что в большинстве своем апелляция допускает все вновь представленные доказательства, удовлетворяет ходатайства о вызове новых свидетелей, проведении экспертизы, приобщении к делу или об истребовании письменных и вещественных доказательств, даже если в первой инстанции не заявлялись такие ходатайства. В редчайших случаях кассационная инстанция, пересматривая судебные акты, указывает, что апелляционная инстанция, нарушая требования ст. 268 АПК РФ, основывалась на недопустимых доказательствах. Именно недопустимыми доказательствами в силу закона и являются те, которые исследованы судом апелляционной инстанции в нарушение требований ч. 4 ст. 2, 3 ст. 268 АПК РФ, ибо закон установил четкие ограничения в допустимости новых доказательств по делу.

В итоге получается, что в силу закона обязанность по доказыванию несут лица, участвующие в деле, они же обязаны представлять необходимые доказательства в суд. Если же это не сделано, то в состязательном процессе они обязательно проиграют дело. В российском же варианте судебной практики смешанного типа ответственность перекладывается на суд, который не обязан, но вправе предложить сторонам представить дополнительные доказательства. Вводя состязательные институты в российский процесс, законодатель не учел, что активность сторон предполагает введение предусмотренных законом последствий несовершения ими определенных действий: прежде всего это проигрыш в деле, поэтому если сторона не выполнила обязанность по доказыванию, то она проиграет дело. Невыполнение сторонами бремени доказывания не должно приводить к отмене судебного акта, если суд предпринял все возможные усилия со своей стороны. В противном случае это открывает возможность для сокрытия сторонами доказательств в первой

инстанции с целью их предъявления в апелляции или кассации, что неизбежно искусственно затягивает разрешение правового конфликта.

Для сравнения: в США именно представители сторон, а не суд активно собирают доказательства, используя различные формы раскрытия доказательств <1>. В результате к моменту судебного разбирательства представители сторон знают правовую позицию друг друга, могут оценить достаточность доказательств и устраняют из предмета доказывания по делу факты, относительно которых достигнуто соглашение. В итоге это является основанием и для проведения переговоров по мирному урегулированию спора. Отсутствие в российском процессе информированности сторон о правовой позиции друг друга, о наличии и содержании имеющихся документов и раскрытия доказательств является одной из причин малого количества заключаемых мировых соглашений. Представители и стороны ждут решения суда, вместо того чтобы попытаться разрешить спор самостоятельно или с помощью посредника.

<1> Burnham W. Introduction to the law and legal system of the United States. St. Paul, 1995. P. 240 - 245; Friendenthal J.H., Kane M.K., Miller A.R. Civil Procedure. St. Paul, 1993. P. 395 - 409.

Российская судебная практика напоминает отношение родителей к давно выросшим детям. Зная, что дети взрослые и должны самостоятельно строить свою жизнь, родители по привычке опекают своих чад. Точно так же и российский суд (особенно это относится к арбитражным судам, где в большинстве своем лица, участвующие в деле, пользуются услугами профессиональных представителей) позволяет в апелляции предъявлять новые доказательства, которые сторона сокрыла в суде первой инстанции. Суд виртуально взвешивает последствия: если откажет в принятии такого доказательства, то будет ли его судебный акт отменен? И если есть хоть малейшая угроза отмены судебного акта, суд примет доказательство и на его основе отменит решение суда первой инстанции. Современный процессуальный закон четко прописал пределы пересмотра судебных актов в каждой из инстанций. Задача по воспитанию участников судопроизводства, стоящая перед судом, не может быть реализована, если сам суд сознательно идет на нарушение действующего законодательства.

Взаимосвязанным с данной чертой состязательности является совершенно иной взгляд на сами доказательства в следственной и состязательной системах правосудия. Для следственного процесса была характерна формальная оценка доказательств, согласно которой практически отсутствовала внутренняя оценка доказательств судьей, рассматривающим дело. Доказательства делились на совершенные и несовершенные. Например, подлинный письменный документ, купеческие книги признавались совершенными доказательствами, а свидетельское показание - несовершенным. При равенстве доказательств предпочтение должно было отдаваться мужчине перед женщиной, знатному перед незнатным, ученому перед неученым, духовному перед светским <1>. Формальный подход к доказательствам перестал существовать в 1864 г., будучи заменен свободной оценкой доказательств на основе внутреннего убеждения суда.

<1> Нефедьев Е.А. Указ. соч. С. 219 - 220.

Четвертая черта состязательности: сторонам предоставлено право состязаться перед судом относительно существа своего дела <1>. "Стороны могут сражаться только тем оружием, которое означено в законном инвентаре" <2>. В основе состязания всегда лежит противоположность интересов двух сторон материально-правового спора. Но для того чтобы состязание сторон состоялось, требуется наделение их процессуальными правами и возможностями по участию в исследовании и оценке доказательств, а также установление правил состязания, по которым именно стороны (их представители) были активны в исследовании, анализе доказательств, а не суд. Гражданская процессуальная форма даже по ГПК РСФСР 1964 г. предоставляла все возможности для реального состязания сторон в процессе. Современный ГПК РФ подробно определяет процедуру допроса, дачи объяснений, очередность постановки вопросов и пр. Лишь два момента можно назвать не состязательными. Во-первых, рассмотрение дела по существу начинается докладом председательствующего или одного из судей, что реально приводит к зачитыванию искового заявления, которое должно быть известно лицам, участвующим в деле, еще на стадии подготовки дела. Хотя по реформе 1864 г. судебное заседание начиналось также докладом судьи, но в нем он приводил доводы состязательных документов. А вот, например, в США сначала выступают адвокаты сторон со вступительными речами, в которых излагают свою правовую позицию по делу и факты, на которых они будут строить свое доказывание. И второй момент в гражданском процессе, мешающий развитию истинного состязания: стороны не всегда представлены профессиональными представителями, что не дает полностью реализовать процессуальный механизм состязания. При таких обстоятельствах суд редко может установить обстоятельства по делу без собственного вмешательства в исследование доказательств,

оставаясь, как и ранее, следователем в процессе. Несложно заметить, что именно суд, а не представители сторон ведут следствие по делу.

<1> Canstein. Die rationellen Grundlagen d. C. Prozessen. S. 169 ff. Цит. по: Нефедьев Е.А. Указ. соч. С. 255.

<2> Васьковский Е.В. Указ. соч. С. 127.

В отличие от ГПК РСФСР АПК РФ не регулирует детально стадию судебного разбирательства, поэтому нет единства в проведении судебного заседания, тем более что на применении АПК сказывается то, что этот суд был создан на основе арбитража - органа исполнительной власти. В связи с этим в большинстве своем судебные разбирательства в арбитражном процессе еще более следственные, чем в судах общей юрисдикции. И общая проблема для всей судебной системы - большая нагрузка по количеству рассматриваемых дел. Некоторые мировые судьи рассматривают в месяц до 400 дел, а арбитражные судьи порой проводят до 20 предварительных и основных заседаний в день. При всем великолепии законодательного регулирования состязательного судебного разбирательства нет реальной возможности для развертывания состязания "правовых гладиаторов", как представителей сторон называют в английской процессуальной литературе. Важно и то, что зарубежное право детально прописывает методику исследования доказательств. В российском процессе редко можно видеть исследование письменных доказательств, чаще всего суд перечисляет имеющиеся в деле письменные документы, что не может заменить их исследование.

Пятая черта: состязание сторон позволяет суду прийти к убеждению о праве тяжущихся до той степени достоверности, которая необходима для безошибочного решения дела (обнаружение действительной истины) <1>, - это вопрос о стандарте доказывания. Долгие годы стандартом доказывания в советском процессе была объективная истина. Кстати, для следственного процесса было характерно установление материальной истины всеми возможными способами <2>. "Следственный принцип заставляет суд покинуть роль спокойного созерцателя единоборства тяжущихся сторон и вмешиваться в процессуальную борьбу. Суд может утратить соответствующие его званию хладнокровие, беспристрастие, объективность и стать в положение помощника одной из сторон" <3>. В 1995 г. изменениями ГПК РСФСР из содержания названного Кодекса был устранен принцип объективной истины, не был он реанимирован и в АПК РФ, ГПК РФ 2002 г. Процессуалисты России спорят, есть ли объективная истина, может быть, она формальная, судебная, юридическая <4>? Не хотелось бы спорить о терминах, ибо речь идет о главном - когда суд может и должен вынести решение по делу, чтобы оно было законным и обоснованным, из каких критериев при этом он должен исходить. В связи с этим данную черту состязательного процесса целесообразно рассмотреть в совокупности со следующей (последней) чертой: суд выносит решение на основании того, что выяснилось в процессе, основываясь на том, что доказано сторонами <5>. В современной процессуальной науке предлагается стандарт доказывания связывать с выполнением сторонами возложенной на них обязанности по доказыванию: сторона, выполнившая бремя доказывания, выигрывает дело <6>.

<1> Нефедьев Е.А. Указ. соч. С. 36 - 37.

<2> Малышев К. Указ. соч. С. 358.

<3> Васьковский Е.В. Указ. соч. С. 131 - 132.

<4> См. подробнее: Афанасьев С.Ф. Проблемы истины в гражданском судопроизводстве. Саратов, 1999; Решетникова И.В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. М., 2000. С. 58 - 70.

<5> Там же. С. 32.

<6> Плехина М.А. (Куликова М.А.). Указ. соч. С. 7.

Стандарт доказывания - это английский термин, поэтому есть смысл дать его разъяснение с позиции английского права. Стандарт доказывания полностью связан с бременем доказывания, которое несут стороны в процессе. В американском и английском процессе под стандартом доказывания понимается критерий, согласно которому судья выносит решение по делу. Эти критерии различны в гражданском и уголовном процессе. При рассмотрении дела Davies v. Taylor было подчеркнуто, что стандарт доказывания по гражданским делам - это баланс вероятности: если доказательство показывает баланс в пользу того, что случилось, это значит, что это действительно случилось <1>. Стандарт доказывания не преследует цель установить истину. Скорее это лишь определенная мера того, смогли ли стороны успешно выполнить возложенное на них бремя доказывания. В итоге судья решает, кому из сторон верить. Если истец выполнил бремя доказывания и смог убедить судью в своей правоте, то он выиграл с вероятностью по крайней мере 51 против 49. Если же вероятность 50 на 50, то иск удовлетворению не подлежит в силу равновесия вероятности <2>. В большинстве гражданских дел стороне требуется доказать свою

позицию на балансе простой вероятности, а именно более вероятно, чем нет. Баланс вероятности должен быть соблюден и при вынесении решения по делу, и при доказывании отдельных вопросов в ходе судебного слушания. По некоторым гражданским делам требуется достичь более высокой степени вероятности. Баланс вероятности должен быть более строгим по делам, на которые распространяются особая забота и защита государства, а также по делам, имеющим связь с уголовными деяниями <3>.

<1> Egleston R. Evidence. Proof and Probability. London, 1983. P. 132.

<2> Murphy P. A practical approach to evidence. London, 1986. P. 94.

<3> См. подробнее: Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. С. 133 - 134.

Как было отмечено выше, состязательный процесс разделяет функции лиц, участвующих в деле, и суда при рассмотрении дела. Лица, участвующие в деле, должны собирать и представлять доказательства. В соответствии с АПК РФ суд же, определяя предмет доказывания по конкретному делу, может видеть, что отдельные факты остались не доказанными сторонами в соответствии с их бременем доказывания. По этой причине суд вправе предложить сторонам представить дополнительные доказательства. В свою очередь стороны могут последовать совету суда, а могут его и игнорировать. Поскольку суд самостоятельно не вправе собирать доказательства, то в силу АПК он располагает лишь теми доказательствами, которые стороны представили в суд и которые были исследованы в судебном заседании. Следовательно, суд может вынести решение только на основании того, что было доказано сторонами. Казалось бы, этот вывод однозначно вытекает из приведенной логики процессуального законодательства. Однако сравним сию логику с основаниями отмены судебных актов вышестоящими инстанциями. Так, согласно ч. 1 ст. 270 АПК РФ основаниями для изменения или отмены решения арбитражного суда первой инстанции являются:

1) неполное выяснение обстоятельств, имеющих значение для дела;

2) недоказанность имеющих значение для дела обстоятельств, которые суд считал установленными;

3) несоответствие выводов, изложенных в решении, обстоятельствам дела;

4) нарушение или неправильное применение норм материального права или норм процессуального права. Из всех перечисленных оснований лишь первое - "неполное выяснение обстоятельств, имеющих значение для дела" - свидетельствует о прежнем положении вещей, когда суд первой инстанции сам собирал доказательства по делу. Все остальные основания отмены судебных актов первой инстанции вполне соответствуют состязательным началам российского процесса. Но на практике вышестоящие судебные инстанции, отменяя судебные акты, указывают на необходимость исследования дополнительных доказательств, забывая, что суд первой инстанции исходит лишь из тех доказательств, которые представлены сторонами.

Состязательность процесса, приведшая к активизации лиц, участвующих в деле, в доказывании, должна быть учтена при толковании оснований отмены судебных решений. В связи с этим в основу стандарта доказывания должно быть положено выполнение сторонами их бремени доказывания и на основании этого определение, установлены ли факты предмета доказывания.

При этом следует отметить, что состязательность судопроизводства распространяется на все стадии процесса, включая апелляцию и кассацию.

Вместе с тем нельзя забывать, что развитие состязательности предполагает уравнивание ее принципом равенства сторон и мерами по реальному обеспечению этого равенства.

Современное развитие состязательности в процессуальном законодательстве России требует определенной смелости - введения негативных последствий несовершения процессуальных действий, а также строгого следования предписаниям закона со стороны суда при невыполнении лицами, участвующими в деле, обязанности по доказыванию. Только в этом случае представители сторон будут состязаться в суде, готовиться к процессам и соблюдать предписание правовых норм, не прибегая к доказательствам до апелляционного пересмотра.

Это основные черты состязательности судопроизводства по реформам XIX и конца XX - начала XXI в. Однако в сравнении с зарубежным судопроизводством следует отметить еще одно важное положение. По мнению зарубежных ученых, основное отличие современного смешанного и состязательного процесса в той роли, которую при рассмотрении дел играют суд и лица, участвующие в деле. В состязательном судопроизводстве стороны активны, суд пассивен. По образному выражению М. Зандера, в состязательном процессе судья подобен рефери в теннисном матче: следит за сторонами, наносящими удары по мячу, просто называя счет и результат, обеспечивая соблюдение правил <1>. Как полагают сторонники состязательного процесса, лишь такое положение дел способно обеспечить справедливость судебного решения. Данный вывод обосновывается следующим. Во-первых, никто не может обвинить суд в его

необъективности, предвзятости, так как он не собирал доказательства и не исследовал их в судебном разбирательстве. Во-вторых, сторонам были даны все шансы собрать нужные доказательства, самостоятельно проанализировать их в суде, отчего у них есть обоснованная уверенность в том, что их права и интересы представлены полно и верно <2>. В-третьих, поскольку стороны сами собирали доказательства по делу, то очевидно, что они соберут все доказательства, так как их интересы противоречат друг другу. В-четвертых, каким бы ни было решение суда, тот факт, что сторона сама заключила договор с адвокатом, сама контролировала судебное разбирательство, помогает психологически спокойнее принять проигрыш <3>.

<1> Zander M. A matter of justice. The legal system in Ferment. N.Y., 1989. P. 140.

<2> См., например: Bayles M.D. Principles of Law: A normative analysis. Dordrecht (Boston); Lancaster (Tokyo), 1984. P. 34 - 35.

<3> О состязательном и инквизиционном процессе см. подробнее: Решетникова И.В. Доказательственное право в Англии и США. М., 1999.

Несмотря на отсутствие инициативы, суд обладает непререкаемым авторитетом, так как именно за ним последнее слово в споре - вынесение решения по делу.

Для обеспечения нейтральности судьи мало законодательного закрепления соответствующих правил, требуется соответствующий уровень представительства в суде и переосмысление роли суда. Сложно приучить участников к изменению их роли в судопроизводстве. Однако активизация сторон, повышение их ответственности за результат рассмотрения дела (в зависимости от выполненного бремени доказывания), предоставление суду возможности выносить решение исходя из выполненного сторонами бремени доказывания неизбежно приведут к изменению соотношения роли суда и участников процесса в рассмотрении дел.

Состязательность как вид судопроизводства (а не только в качестве принципа гражданского и арбитражного процесса) предполагает одновременное действие также принципов гласности и устности судопроизводства. Значимость гласности судопроизводства после принятия Устава гражданского судопроизводства быстро была оценена: "Ожидания, которые возлагались редакторами устава на гласность производства, вполне оправдались: надзор со стороны заинтересованных лиц и со стороны публики оказался действеннее всяких угроз за неправосудие, всяких ревизий и надзора со стороны начальства, так как надзор со стороны тяжущихся и публики оказывает нравственное воздействие на суд, поддерживая в нем стремление честно относиться к исполнению своих обязанностей" <1>. Гласное состязание немыслимо без устного ведения разбирательства дела. Однако и в смешанном, и в состязательном процессе существуют письменные элементы. В состязательном судопроизводстве они в основном касаются обмена состязательными документами и некоторых форм раскрытия доказательств - так называемая предварительная письменная подготовка дела.

<1> Нефедьев Е.А. Указ. соч. С. 187.

3. Изменение системы обжалования судебных решений стало одним из важнейших положений судебной реформы 1864 г. До судебной реформы XIX в. следственные начала в системе пересмотра судебных актов выражались, например, в том, что переход дела из одного судебного места в другое происходил помимо воли сторон <1>. В тот период в Европе действовало два типа судов по пересмотру вступивших в законную силу судебных актов: ревизионный и кассационный. Первый был введен в Германии, второй - во Франции. Россия восприняла французскую модель. В итоге в России существовало апелляционное и кассационное производство. В апелляции рассматривались дела, по которым решения не вступили в законную силу, кассация действовала относительно вступивших в законную силу судебных актов. Интересным является и то, что в тот период можно было говорить о зарождении судебного прецедента. Решения Сената имели обязательную силу и в отношении тех дел, по которым они не выносились, служа руководством к единообразному истолкованию и применению закона. Однако в литературе появились упреки в том, что решения Сената нередко противоречат друг другу, ввиду этого ими сложно руководствоваться. Сенат в связи с этим постановил, что "в случае противоречия между кассационными решениями... следует руководствоваться позднейшими" <2>.

<1> Там же. С. 46.

<2> Нефедьев Е.А. Указ. соч. С. 353.

Современная система пересмотра судебных актов значительно отличается от прежней. Реформа конца XX - начала XXI в. в основном затронула надзорное производство, ввела апелляцию для пересмотра судебных актов мировых судей, несколько видоизменила

кассационное производство в судах общей юрисдикции, создала в арбитражно-судебной системе самостоятельное звено - апелляционные суды.

В судах общей юрисдикции и арбитражных судах действуют разные модели пересмотра судебных актов. Не вдаваясь в описание различий указанных моделей, остановимся лишь на двух проблемах: обеспечение стабильности судебных актов и соблюдение законодательной формы пересмотра судебных актов.

Обеспечение стабильности судебных актов. Европейский суд по правам человека неоднократно в своих решениях отмечал необходимость обеспечения окончательности судебных решений, под чем понимается исключительность пересмотра судебных решений, вступивших в законную силу. В судах общей юрисдикции существует апелляционное производство относительно судебных актов мировых судей, и два звена (суды субъектов Российской Федерации и Верховный Суд РФ) наделены полномочиями по кассационному пересмотру. Кроме того, судебный акт, вступивший в законную силу, может быть несколько раз пересмотрен в надзорном порядке. В арбитражно-судебной системе действуют 20 апелляционных и 10 кассационных судов, последние проверяют законность вступивших в законную силу судебных актов, и лишь некоторые дела попадают в Высший Арбитражный Суд РФ для надзорного пересмотра. Здесь по большинству дел последней инстанцией выступает кассация. В арбитражно-судебной системе больше, чем в судах общей юрисдикции, гарантируется окончательность судебного акта в силу отсутствия возможности неоднократного пересмотра актов в надзорном порядке.

В 1999 г. Международная ассоциация процессуального права провела международную конференцию, на которой были выделены тенденции развития гражданского процессуального права на рубеже тысячелетий. Среди этих тенденций называлось и сокращение количества инстанций по пересмотру судебных актов. Российский законодатель не пошел по пути сокращения инстанций, наделенных полномочиями по пересмотру судебных актов, их сейчас четыре: апелляционное, кассационное производство, пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам и надзорный пересмотр. Наличие большого количества инстанций по пересмотру судебных актов означает значительный разрыв во времени от момента обращения в суд до исполнения судебного акта.

Окончательность судебных актов связана с их стабильностью. В настоящее время создание новых апелляционных судов привело к тому, что о стабильности судебных актов говорить сложно. Апелляционный суд отменяет судебные решения суда первой инстанции, соответственно первая инстанция вынуждена либо перестраивать свою практику под практику апелляции, либо дожидаться кассационного пересмотра по этим делам. Однако подобное ожидание неизбежно приведет к нарушению процессуальных сроков рассмотрения дела, а ориентация на неверную практику апелляции - к увеличению числа случаев отмены судебных актов в кассационном порядке. Кроме того, далеко не все судебные акты обжалуются в кассационную инстанцию. Если ранее стояла острая проблема по обеспечению единства судебной практики в 10 окружных судах, то теперь к ним добавилось еще 20 апелляционных судов. Отсутствие стабильности судебных актов, иными словами - их частые отмены и изменения приводят к нестабильности правосудия.

Вторая проблема носит сугубо процессуальный характер - соблюдение законодательной формы пересмотра судебных актов. Процессуальное законодательство (АПК РФ, ГПК РФ) создало определенную модель по пересмотру судебных актов. Рассмотрим модель, предложенную АПК РФ.

Всю систему арбитражного процесса можно представить в виде пирамиды, в основе которой лежит первая инстанция, рассматривающая дела по существу, над ней надстраивается четыре вида пересмотра судебных актов. Сначала это апелляция, предусматривающая повторное рассмотрение дела, но с определенными исключениями, установленными законом. Эти ограничения касаются допустимости дополнительных доказательств (ч. ч. 2, 3 ст. 268 АПК РФ), новых требований, не заявленных в первой инстанции (ч. 7 ст. 268 АПК РФ), признанных в первой инстанции фактов (ч. 4 ст. 268 АПК РФ). Также в апелляции не применяются правила о соединении и разъединении нескольких требований, об изменении предмета, основания иска, размера исковых требований, о предъявлении встречного иска, о замене ненадлежащего ответчика, о привлечении к участию в деле третьих лиц и др. (ч. 3 ст. 266 АПК РФ).

Потом следует кассационный пересмотр, сутью которого является проверка законности судебных актов, вступивших в законную силу, т.е. пределы пересмотра значительно уже, чем в апелляции.

Еще более узкий круг оснований установлен для пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам (ст. 311 АПК РФ).

Венчает пирамиду надзорное производство, для которого законом установлено крайне незначительное количество оснований для отмены и изменения судебных актов нижестоящих инстанций (ст. 304 АПК РФ).

Однако законодательная модель существенно разнится с практикой, где апелляция допускает любые доказательства, кассация часто переоценивает доказательства, хотя их не

исследовала. Руководствуясь благими намерениями, апелляционная и кассационная инстанции часто выходят за пределы своих полномочий по пересмотру судебных актов. Однако законодательная модель сформулирована очень логично в целях соблюдения интересов тех, кто обратился в суд за защитой. Возможно, и здесь есть последствия духа объективной истины. Лишь один пример. Согласно ч. 1 ст. 51 АПК РФ третьи лица, не заявляющие самостоятельные требования относительно предмета спора, могут вступить в начатый процесс по собственной инициативе или могут быть привлечены к участию в деле по инициативе сторон или суда. Нетрудно заметить, что норма сформулирована диспозитивно, оставляя на усмотрение упомянутых субъектов право привлечения третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования относительно предмета спора. Диспозитивность нормы объяснима природой данного вида третьих лиц - они имеют определенную заинтересованность в исходе дела, но не являются участниками спорного материального правоотношения, поэтому суд при вынесении решения не определяет их права и обязанности. Несмотря на ясность законодательного подхода, большинство отмен судебных решений по процессуальным основаниям связано с непривлечением к участию в деле третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования относительно предмета спора, со ссылкой на п. 4 ч. 4 ст. 270 АПК РФ о безусловных основаниях для отмены решений арбитражного суда первой инстанции: "Принятие судом решения о правах и об обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле...".

Поскольку суд, отправляя правосудие, призван воспитывать уважение к закону и суду, то каждая инстанция должна строго соблюдать предписания закона. Если бы первая инстанция следовала запрету ст. 65 АПК РФ и не допускала в процесс нераскрытые доказательства, а вышестоящие инстанции не отменяли в этом случае судебное решение (следуя ограничениям, установленным законом), то такое единство дисциплинировало бы стороны, способствовало их воспитанию в духе святого уважения к закону и суду. Через некоторое время эти стороны своевременно стали бы представлять отзывы на иск, раскрывать доказательства, не игнорировали бы извещения суда о судебном заседании - стали бы уважать строгий и справедливый суд.

В 2007 г. исполнилось пять лет с момента принятия АПК РФ и ГПК РФ, и это не окончание судебной реформы, предстоит еще многое сделать по совершенствованию практики рассмотрения и разрешения дел судами общей юрисдикции и арбитражными судами.

ОГЛАВЛЕНИЕ

- Медведев Д.А. Новый Гражданский кодекс Российской Федерации: вопросы кодификации
История кодификации гражданского законодательства. Необходимость современной кодификации гражданского права в России
Структура Гражданского кодекса Российской Федерации. Вопросы принятия части четвертой Гражданского кодекса как завершения кодификации гражданского законодательства
Значение завершения кодификации гражданского законодательства
Вопросы совершенствования Гражданского кодекса
Соотношение Гражданского кодекса с другими кодификациями частного права
Перспективы Гражданского кодекса
- Яковлев В.Ф. Гражданский Кодекс Российской Федерации: развитие общих положений гражданского права
- Маковский А.Л. Кодификация гражданского права и развитие отечественного международного частного права
- Суханов Е.А. Кодификация законодательства о вещном праве
- Витрянский В.В. Некоторые итоги кодификации правовых норм о гражданско-правовом договоре
1. Свобода договора и его правовое регулирование
 2. Типовые договорные конструкции
 3. Толкование договора
 4. Заключение договора
 5. Расторжение и изменение договора
 6. Система гражданско-правовых договоров
- Гонгало Б.М., Крашенинников П.В. Развитие кодификации жилищного права
- Михеева Л.Ю. Развитие кодификации российского семейного права
1. Становление отрасли семейного законодательства в Российской Федерации
 2. Опыт совершенствования семейного законодательства за прошедшее десятилетие
 3. Основные направления дальнейшего развития и совершенствования семейного законодательства Российской Федерации
- Головина С.Ю. Кодификация трудового законодательства
- Чубаров В.В. Кодификация российского земельного законодательства (взгляд с позиций частного права)
1. Кодификация земельного законодательства в России до 1917 г.
 2. Кодификация земельного законодательства в Российской Федерации в советское время (1917 - 1989 гг.)
 3. Кодификация земельного законодательства в переходный к рыночной экономике период (1990 - 2001 гг.)
 4. Правовое значение действующего Земельного кодекса Российской Федерации 2001 г.
 5. Перспективы дальнейшей кодификации норм об имущественных правоотношениях по поводу земельных участков
- Решетникова И.В. Судебные реформы XIX и XXI вв. в области гражданского судопроизводства

THE BOOK IS MADE BY

AXI-ROSE

AXI-ROSE@YA.RU