ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

(Общая часть)

УЧЕБНОЕ ПОСОБИЕ

АЛМАТЫ
2006

ББК 67.99 (2) 0 я 7
Г 75

Главный редактор — доктор юридических наук,
профессор *А. Г. Диденко*

Г 75 Гражданское право. Сборник статей. Общая часть. Учебное пособие. «Нур-пресс» — Алматы, 2006.— 432 с.

ISBN 9965-620-13-X

Настоящее учебное пособие в форме сборника статей для изучения Общей части гражданского права подготовлено членами кафедры гражданского права КазГЮУ, а также ее нынешними и бывшими аспирантами и соискателями.

По сравнению с первым изданием (Алматы, КазГЮУ, 1999) содержание пособия значительно расширено, ранее опубликованные статьи существенно обновлены и переработаны.

Статьи расположены в последовательности, в которой изучается курс Общей части гражданского права.

В пособие включены статьи выдающегося ученого-юриста профессора О. С. Иоффе. Проф. О. С. Иоффе был тесно связан с казахстанской цивилистической школой, он многократно приезжал в Алма-Ату на научные конференции, на обсуждение ленинградских учебников по гражданскому праву. Все его работы, подготовленные в последнее десятилетие, впервые опубликованы в казахстанских изданиях.

Издание приурочено к 80-летнему юбилею проф. Ю. Г. Басина.

ББК 67.99 (2) 0 я 7

Г 1203020400
00(05)-03

© Коллектив авторов, 2006.
© Нур-пресс, 2006.

ISBN 9965-620-13-X

Благодарные ученики, друзья и коллеги посвящают эту книгу любимому профессору Юрию Григорьевичу Басину в год его 80-летнего юбилея

ЮРИЮ ГРИГОРЬЕВИЧУ БАСИНУ – 80 ЛЕТ

Часы идут, дни бегут, годы летят. Так незаметно пролетели пять лет с того дня, как мы отметили 75-летний юбилей учителя и старшего друга. И вот настала новая юбилейная дата. Мне трудно что-либо добавить к тому, что я написал пять лет назад о Ю. Г. Басине — педагоге и ученом, человеке высокой нравственности. Повседневная жизнь Юрия Григорьевича по-прежнему до предела заполнена научной, общественной и педагогической деятельностью. Вот лишь некоторые фрагменты его работы за последние пять лет. Лекции перед магистрантами, блок лекций по Общей части гражданского права, спецкурс по сравнительному коммерческому праву в Высшей школе права «Адилет», проведение секций по решению задач на кафедре гражданского права в КазГЮУ, выступления на конференциях, несколько десятков статей и глав в книгах, обсуждение более десятка кандидатских и докторских диссертаций, руководство диссертациями, ежегодное принятие кандидатских экзаменов по гражданскому праву, участие в экспертном Совете ВАКа, участие в спецсовете по защите диссертаций в КазГЮУ, принятие текущих и госэкзаменов, консультационная работа в юридических фирмах, дача многочисленных заключений по законопроектам и многое-многое другое. Уже этот неполный перечень впечатляет. История правовой науки хранит не много имен своих представителей, которые ко дню такого юбилея активно вели столь насыщенную и многоплановую жизнь.

Авторитет Ю. Г. Басина как ученого и общественного деятеля был подтвержден приглашением его в истекшем году в составе небольшой группы представителей казахстанской интеллигенции на неформальную встречу с Президентом РК Н. А. Назарбаевым, где Ю. Г. Басин эмоционально и убедительно высказывал свои взгляды по вопросам, далеко выходящим за пределы узкопрофессиональных интересов.

Научно-педагогическая и практическая деятельность связывает Юрия Григорьевича с огромным количеством людей, которые испытывают влияние этой во всех смыслах слова неординарной личности. Но все же решающее воздействие его ума и интеллигентности сказывается на коллективе взращенной им кафедры гражданского права КазГЮУ и через ее преподавателей на студентах. Это воздействие заключается не в разовой демонстрации мастером каких-то показательных

уроков, а в постоянном творческом процессе, проходящем в форме многолетнего руководства секцией по подготовке к проведению практических занятий по гражданскому праву, участии во всех кафедральных научных дискуссиях, индивидуальном обсуждении научных произведений членов кафедры и повседневных кафедральных проблем.

Ю. Г. Басин — это также и его многочисленные ученики и ученики учеников. Он щедро расточает знания, огромный практический и человеческий опыт. Полученные результаты, конечно, всецело от него не зависят. Здесь вновь подтверждается идея библейской притчи о сеятеле: урожай зависит от того, на какую почву упало зерно. Увы, не все качества, особенно душевных богатств наставника, проросли в его наследниках. Кто-то, удачливо делая деньги на юридических услугах, укрепил себя в «уверенности сытой» и усвоил манеры директора рынка из фильма Э. Рязанова «Гараж», но немало других, кто сумел впитать в себя наиболее ценные черты учителя и вырасти как до подлинного уважения в науке и бизнесе, так и заслужить высокую нравственную репутацию. Среди них я бы назвал Т. Каудырова, А. Кенжебаеву, Ф. Карагусова. Безусловно, этот перечень можно продолжить.

Юрию Григорьевичу присуща доброта в ее глубинном понимании, которая проявляется в мягкости и снисходительности к небольшим недостаткам других людей. Иногда даже может показаться, что он необъективен, ибо дает явно завышенную оценку достоинств проделанной кем-то работы. Причем здесь совершенно исключена какая бы то ни было лесть и отсутствует педагогический прием поддержки недостаточно опытного коллеги, а дается совершенно искренняя оценка. Мне кажется, это свойство очень эрудированных и талантливых людей, которые со своих вершин не всегда умеют увидеть и точно оценить высоту знаний и способностей других лиц. К своему же труду такие люди относятся предельно требовательно. Например, в настоящем сборнике опубликована статья Ю. Г. Басина о принципах гражданского права. На предложение напечатать эту статью в том варианте, в каком она была опубликована в первом издании учебного пособия, с небольшими коррективами, Ю. Г. Басин ответил едкой критикой и ироническими замечаниями в адрес прежнего варианта, ибо за истекшие три года произошла масса изменений в законодательстве, пересмотрены научные позиции, и в итоге статья была переработана коренным образом.

Как истинно творческая натура Юрий Григорьевич находится в неустанном движении и поиске, что лишний раз подчеркивает масштаб его личности, ибо для крупных личностей и дел необходимо неутомимое постоянство. Коллектив кафедры гражданского права КазГЮУ желает Юрию Григорьевичу Басину сил для сохранения такого постоянства на долгие годы!

А. Диденко

ТЕМА: НАУКА ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

А. Диденко

О ПОЗНАНИИ ПРАВОВОЙ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ

Правовая действительность охватывает безграничный океан правовой жизни — законодательство и акты применения правовых норм, судебную практику и научные доктрины, правосознание и многое другое[1] . Разумеется, невозможно описать процесс познания правовой действительности ни в рамках одной статьи, ни даже монографии. Для этого требуются многопрофильные и постоянные исследования, обусловливаемые частыми изменениями в правовых реалиях. Поэтому мы на материале гражданского права, с общих позиций юридической гносеологии рассмотрим лишь некоторые вопросы, которые представляются нам актуальными в настоящий переломный период истории.

Масштаб и характер проблем в правовой науке вообще, и цивилистической в частности, может быть, и не сравнимы по новизне с теми, что некогда стояли перед историческим феноменом, именуемым социалистическим государством, но не уступают им по сложности в теоретической и прикладной сферах.

Во многих крупных исследованиях по общей теории и отраслевым дисциплинам права авторы делятся опытом своих поисков, обосновывают те или иные приемы уяснения сущности изучаемых явлений. В подобных работах можно встретить высказывания по таким вопросам, как:

— особенности черт, свойственных юридическому мышлению в процессе социально-философского восприятия права;

— специфика структурно-функционального анализа права в сравнении с историко-генетическим;

— возможность существования множества определений права — но не множества его сущностей;

— значение инстинкта разума в эмпирически найденных определениях.

[1] О многообразии явлений правовой действительности, их группировке см.– *Алексеев С. С.* Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация // Сов. государство и право, 1987.– № 6.– С. 14.

Эти и сходные с ними по значимости вопросы направляют мысль ученого по интересующему его руслу, предостерегают от ошибочного пути, показывают, как выполнить ту или иную исследовательскую операцию наилучшим образом.

Методология познания правовой действительности базируется на положениях общей теории познания. Однако при использовании философских выводов в прикладных исследованиях возникают трудности двоякого рода. Во-первых, в самой философии есть ряд нерешенных проблем, в том числе и в области общей теории познания, что неизбежно проецируется на отраслевые науки, создавая специфические сложности. Во-вторых, существуют неизученные проблемы и в правоведении, вследствие чего снижается эффективность использования здесь общенаучных методов познания.

Мы ставим перед собой задачу рассмотреть результативность отдельных общенаучных способов познания на примере развития цивилистических доктрин как одного из элементов правовой действительности.

Процесс познания, как известно, складывается из эмпирического и теоретического этапов. Описание определенных явлений, идентификация уже известного осуществляется при помощи специального понятийного аппарата, который отражает наличное знание данной науки и овладение которым есть необходимое условие эмпирического исследования даже на описательном уровне.

Многие теоретические ошибки происходят, как раз из-за неумения обращаться с исходным понятийным материалом, в результате чего нарушаются логические границы правовых понятий[1], смешиваются понятийный и семантический смыслы терминов и т.д. Так, семантика слова «договор» — соглашение. Научное же содержание юридического термина договор вбирает его семантический смысл, однако понятийные признаки договора именно как термина вырабатываются в рамках правовой науки. Более того, эти признаки различны в ее отраслях: гражданском, трудовом, особенно же — в административном и финансовом праве. Взятие за основу чисто семантического смысла договора — только как соглашения — приводит к заманчивым, но бесплодным попыткам создать общую теорию договора, под действие которой подпадали бы все соглашения в сфере производства: коллективные договоры, меж-

[1] Блестящий, на наш взгляд, анализ логических пределов ряда правовых понятий в оценке истинности выдвинутых теорий дает О. С. Иоффе см. наст. сб-к, с. 198–201.

цеховые соглашения, хозяйственные договоры между предприятиями, соглашения между органами управления[1] и пр.

Другой пример. В юридической литературе появилось вначале просто как удачный термин наименование «оперативные санкции». Оно прижилось, а со временем приобрело логические очертания научного понятия, хотя и используется в правовом обиходе для обозначения быстроты и самостоятельности применения меры воздействия к нарушителю. Однако при опоре на такую внешнюю сторону происходит осознаваемая или неосознаваемая метаморфоза внешнего в сущностное — когда, например, в исследованиях по гражданскому и административному праву оперативные санкции рассматриваются в качестве разновидности некоего общего понятия оперативных санкций. Между тем нет существенных признаков, объединяющих гражданско-правовые и административно-правовые меры защиты, кроме одного, общего для них, чисто внешнего признака — самоприменения. На самом деле это лишь одинаковые по звучанию слова, но разные по понятийному содержанию термины, не имеющие общего научного корня.

На эмпирическом этапе познания принципиальное значение имеет классификация добытых фактов. Наука гражданского права обладает богатыми традициями проведения классификаций, начиная от дифференциации общественных отношений, регулируемых гражданским правом, и приемов этого регулирования и кончая группировками в области наследования. К настоящему времени накопилось огромное количество фактов, особенно в рамках правовой регламентации предпринимательской деятельности, не только не классифицированных, но даже не описанных.

О значении классификаций как таковых здесь вряд ли стоит говорить. Обратим внимание лишь на следующие моменты. Если в отдельных отраслях знания классификации и могут выродиться в схоластику, то для права эта угроза не столь серьезна, поскольку сама формальная определенность права предполагает наличие в его понятийном поле разнообразных разветвленных формально-логических группировок. Вместе с тем многие общие правовые понятия не приобрели необходимой терминологической прочности вследствие того, что недостаточно хорошо были проведены видовые классификации. Это относится, например,

[1] По такому неперспективному пути шли как представители хозяйственно-правовой теории, так и цивилисты (см., напр.: Договор в народном хозяйстве: Вопросы общей теории / Отв. ред. Сулейменов М. К. Алма-Ата, 1987).

к понятию предварительного договора[1], который не отграничен явными признаками от протокола намерений, что приводит к смешению принципиально разнохарактерных взаимных обязательств сторон.

Классификации обеспечивают единство юридической «архитектуры».

Приведем пример из далекого прошлого. Римляне разработали стройную систему контрактов. Потом появились соглашения, не вписывавшиеся в эту систему. Их обозначили понятием пактов и противопоставили контрактам, не обеспечив исковой защитой. Еще позже жизнь потребовала признать за некоторыми пактами юридическое значение. Тогда их подразделили на «голые» пакты, не подлежащие исковой защите, и «одетые» — таковой подлежащие. И эта постоянно достраиваемая конструкция была вполне работающей. В данном случае перед нами пример простого следования законодательной мысли за практикой вместо подлинной теоретической классификации, требующей определенного, заранее намеченного композиционного единства, в которое вписывались бы в последующем какие-то новые практические построения.

Познание права, если следовать юридическому типу правопонимания, не должно замыкаться на классификациях, даже самых блестящих. В. С. Нерсесянц по этому поводу замечает, что изучение, комментирование, классификация и иерархизация источников позитивного права, выявление их нормативного содержания, систематизация норм, разработка вопросов юридической техники и тому подобное — т. е. все то, что именуется догмой права и относится к особой сфере профессиональной компетенции, «ремесла» и мастерства юриста,— составляют важную часть познания права и знания о действующем праве. Но позитивистское ограничение теории права разработкой догмы права, по существу, означает подмену собственно научного исследования права его профессионально-техническим описательством, сведением правоведения к законоведению[2]. В общегносеологическом плане дело обстоит действительно так. Но подлинный Монблан сегодняшних проблем позитивного гражданского права требует усиления внимания к собственно законоведению.

В процессе отбора фактического материала для научного анализа может возникнуть реальная опасность сужения необходимого для получения достоверных научных выводов объема практики до объема доступ-

[1] Предварительному договору посвящ. отд. наша ст. в наст. сборнике.

[2] *Нерсесянц В. С.* Философия права.– М., 1997.– С. 66-67.

ной или иной усеченной информации. В диссертациях по гражданско-правовым проблемам предпринимательства, защищенных в странах СНГ, авторы часто опираются на судебно-арбитражную статистику, обобщения судебных споров и отдельные дела. Без сомнения, в основе глубоких теоретических посылок должен лежать умело проведенный анализ практики. И все же он является хотя и необходимым, но недостаточным основанием для рекомендаций по совершенствованию гражданского законодательства. Судебная практика не всегда репрезентативна в отношении тех или иных правовых феноменов.

К примеру, количество судебных дел о защите прав потребителей отнюдь не отражает подлинной картины имеющихся нарушений таких прав. Или — каково бы ни было количество судебных споров о разделе наследства или разделе имущества супругов, нужно помнить, что такие разделы в значительной своей массе (даже при наличии разногласий между сторонами) производятся без судебного вмешательства, но с учетом действующих правовых норм.

Кроме того, важно учитывать, что гражданско-правовое регулирование рассчитано по преимуществу на обычные отношения, при которых возможность судебной защиты необходима, но их участники предпочли бы, чтобы такая необходимость не возникала. Для подобных случаев судебная практика вообще не обладает должной репрезентативностью.

Иногда, по первому впечатлению, напротив, кажется, что практика, подтверждающая ту или иную гипотезу, отсутствует. Откуда, например, было взяться опыту регистрации залога движимого имущества, ценных бумаг, многих договоров и т. д.? И, тем не менее, научная мысль выработала предложения по правовому регулированию соответствующих отношений. В практику входит не только наличная действительность, но и ее нужды, потребности, существующие как возможность, которая нередко требует «взорвать», переделать практику. Теория жива практикой, но, с другой стороны, она и может и должна вызывать к жизни требуемую практику.

Эмпирический этап познания снимается[1] теоретическим. На данном этапе используются абстракции более высокого уровня. Эмпирический фундамент научной теории несравненно многообразнее, чем

[1] Снятие – понятие из гегелевской философии: поднятие явления на более высокую ступень развития, где исходное явление, с одной стороны, отрицается, а с другой – сохраняется в новом явлении в более совершенной форме.

материал, которым оперирует любое отдельное эмпирическое исследование.

Своеобразной переходной ступенькой от эмпирического к теоретическому этапу является сравнительный анализ законодательства различных стран. Он позволяет выйти на масштабные теоретические обобщения.

После распада СССР бывшие союзные республики приступили к созданию собственного законодательства. Если говорить о гражданском законодательстве, то формирование его основ в большинстве стран СНГ шло достаточно синхронно. Были приняты сходные законы о собственности, предприятиях, предпринимательской деятельности и другие, затем — ГК. Такое сходство объясняется общностью провозглашенной этими странами стратегической цели — построение свободной рыночной экономики, которая, естественно, опирается на давно сложившиеся принципы континентального гражданского права в государствах, где утвердились рыночные отношения. В числе причин указанного сходства — и боязнь республик делать резкие самостоятельные шаги в регулировании новых экономических отношений, и единство правового менталитета, и известная интеллектуальная зависимость от правотворчества в России.

Но одновременно возникла вполне объяснимая дисгармония в регулировании товарно-денежных отношений стран СНГ, т. к. в ряде государств были приняты в этой сфере крупные законодательные акты, не имеющие аналогов в других странах СНГ.

В связи со всем этим у правовой науки появилась редкая историческая возможность получить в свое распоряжение экспериментальную базу для изучения вопросов, связанных с оценкой влияния права на социально-экономические потоки общества, поскольку можно было сравнить исходные характеристики ряда стран и отличительные параметры их роста. К примеру, о чем свидетельствует наличие одинакового гражданского законодательства в странах с разными политико-экономическими условиями и, напротив,— в чем причина существования принципиальных отличий в гражданско-правовом регулировании однотипных отношений в этих странах?

Попытаемся ответить на данный вопрос, основываясь на общих и частных примерах из гражданского законодательства ряда стран СНГ.

В сравнительном плане особенный интерес представляют нормативные правовые акты стратегического значения, т. е. такие, в которых фо-

кусируются основополагающие общественные проблемы. Но, прежде всего, хотелось бы обратить внимание на то, что именно гражданское законодательство государства в первую очередь должно быть сбалансировано с экономическим состоянием общества, со степенью развитости его товарно-денежных отношений.

Законодательство чем-то напоминает строительный массив. Архитектуру и качество строительных работ объекта трудно, если вообще возможно, оценивать вне связи с окружающим ландшафтом и соседними зданиями. Дворец потеряет в красоте и будет неуместен среди саманных хижин и разбитых проселочных дорог, так же как не к месту окажется хижина среди дворцов.

Справедливо ли подобное суждение при оценке качества законодательных актов? В частности, не является ли филигранно, до мельчайших деталей проработанный закон в государстве, которое могло бы обойтись лишь некоторыми его положениями, таким же чужеродным строением, как дворец на фоне хижин? Говорят ли об одинаковой правовой действительности похожие друг на друга ГК Беларуси, Казахстана, Кыргызстана, России, Таджикистана, Узбекистана? Очевидно — нет. Здесь нет необходимости объяснять существенные различия в политическом режиме, экономическом положении и в соответствующей им гражданско-правовой действительности в этих странах. Но следует сказать, что государство, которое полагает, что, сравнявшись с передовыми странами по количеству нормативных актов и даже качеству их текстов, оно тем самым решает правовые проблемы общества, может впасть в опасную иллюзию благополучия в правовой сфере. На самом деле оно законодательно создает лишь необходимые условия для такого благополучия, однако, набор так называемых достаточных условий правового благополучия иногда оказывается объемнее и сложнее условий необходимых.

С этой точки зрения подготовка проектов крупных казахстанских нормативных правовых актов носит изначально несовершенный характер, ибо традиционно замыкается на конкретике такого акта, когда все внимание разработчиков сосредоточивается на формулировании норм и постатейном обсуждении, а не на концептуальных моментах будущей жизни акта в среде других актов и в поведении участников соответствующих правоотношений. Безусловно, текстовая проработка акта весьма важна, однако вторая из названных задач куда более как важна и актуальна.

Притом, что экономическое положение различных государств значительно разнится между собой, основные методы и правила ведения бизнеса в этих странах достаточно сходны. Высокого уровня достигла кооперация (хотя это слово мало подходит для определения отношений господствующих и зависимых стран) между крупнейшими державами и экономически слабо развитыми странами. Последние, для того чтобы соответствовать международным стандартам хотя бы сточки зрения общепринятых норм делового оборота во взаимоотношениях субъектов мирового сообщества, должны создавать у себя такие правовые правила, которые не выглядели бы дурным тоном при контактах участников товарно-денежных отношений. Таким образом, странам, только-только входящим в рынок, приходится принимать явно завышенные для них требования.

Но из этого вряд ли стоит делать прямолинейный вывод о позитивном значении наличия хорошо выписанного, хотя и бездействующего закона, исходя из того, что его якобы следует рассматривать в качестве некоего «золотого запаса» в расчете на будущее, когда для него созреют соответствующие политические и общественно-экономические условия. В целом разрыв между качеством текста закона и его действенностью приводит к возникновению двойного правового стандарта: для внутреннего употребления и внешнего. Подчиняясь требованиям «внешнего» стандарта, стороны порой по незначительным поводам составляют обстоятельнейшие договоры, на высоком теоретическом уровне ведут дискуссии в международном арбитраже и пр., а следуя меркам стандарта «для внутреннего пользования»,— ограничиваются составлением малограмотных договоров, допускают полное игнорирование в судах доводов противных сторон, смиряются с невозможностью исполнения судебных решений. В гражданском законодательстве таким объективно и относительно противоречивым нормативным актом позволительно, наверное, быть только ГК, представляющему собой монолитный акт, из которого нельзя изъять без ущерба для целого какие-либо части, пусть в силу ряда причин пока и не работающие.

Если бы проблема заключалась только в разработке текстов нормативных правовых актов, то мир давно бы достиг вершин правовой цивилизации. В любом государстве найдутся чиновники, которые в состоянии написать либо организовать написание неплохих в литературном отношении текстов законов. Сегодня эта работа, в принципе, не столь сложна. До каких-то формулировок можно додуматься самим,

какие-то можно позаимствовать из законодательства других государств, а обнаруженные в тексте закона дефекты можно будет, в конце концов, через какое-то время подправить. Набившие на этом руку специалисты за короткий период отписывают дюжины проектов нормативных правовых актов. Но все эти акты если и вносят вклад в продвижение общества вперед, то он равен скрупулам. Поэтому при проведении чисто догматического сравнительного правового анализа ни на мгновение не должно забывать, что только в обществе, основанном на всех без исключения принципах демократии и компонентах культуры, право может стать реальностью.

Любое общество живет по правилам, но лишь немногие — по правилам закона.

Формирование законодательной базы рыночных преобразований без обеспечения ее эффективности создает ширму, за которой может процветать коррупционно-авторитарный режим управления экономикой.

Бездействующий закон наносит удар по самому уязвимому месту правовой жизни постсоветского общества — правосознанию граждан. Повсеместное неверие в исполнимость законов будет дополнительно усугубляться тем, что государство, как фокусник из рукава, в нужный момент всегда может вытащить формально существующий, но не применявшийся закон. Тем не менее, такие «хорошие» акты в виде законопроектов могут и должны существовать в «заначках» и научных учреждений, и отдельных ученых-правоведов, дабы по мере необходимости они могли быть представлены законодателю. Однако подобная законотворческая «копилка» невелика и в России.

И все-таки никуда не уйти от объективной, обусловленной требованием приближения к мировым стандартам законодательства, неизбежности несоответствия между современной правовой оболочкой и ее экономическим содержанием. Но более глубокая причина этой неизбежности кроется в том, что без полноценного гражданского законодательства нельзя построить рыночную экономику, и в то же время нельзя создать жизнеспособное гражданское законодательство без рыночной экономики. Это противоречие на какой-то период обрекает законодателя на нормотворчество, заведомо не способное в полной мере достичь поставленных целей. Наложение на указанную объективную неизбежность дефектов государственной законодательной политики приводит к значительному ослаблению рыночной правовой системы.

Помимо сказанного, нужно учитывать, что казахстанский законо-

датель не может создать абсолютно никаких новых правовых категорий, понятий, идей в области гражданского законодательства просто в силу незаметной пока роли молодого суверенного государства в мировых рыночных процессах, отсутствия в нем глобально значимых экономических институтов, способных создать упомянутые феномены. Хотя претензии на подобную новизну встречаются.

Гражданское законодательство нельзя сравнивать с художественной литературой или искусством, поскольку они в силу относительно высокой своей независимости от базиса общества способны достичь мирового уровня практически в любом государстве. Масштабные идеи могут быть выдвинуты правовой наукой и экономически слабо развитых стран, благодаря их приобщенности к мировой правовой мысли. Гражданское же законодательство — в противоположность литературе и искусству — есть максимально приближенная к базису общества конструкция, и его единственная цель в обществе с нарождающимся рынком: приспособить накопленные правовой цивилизацией ценности к конкретным реалиям. Данная задача, хотя и носит локальный характер, не умаляет практической и научной сложности и актуальности возникающих при ее достижении проблем. Из этого вывода, кстати, вытекает практическое следствие о необходимости выработки такой методологии подготовки крупных гражданско-правовых актов, которая бы ориентировалась на равноправный союз теоретиков права и представителей сферы правоприменения, экономики, менеджмента. К нынешней правовой действительности как нельзя более подходит афоризм Мефистофеля из «Фауста» И. В. Гете:

«Суха, мой друг, теория всегда, а древо жизни пышно зеленеет».

По нашему мнению, совершенно нереально подготовить хороший закон масштабного характера исключительно научными силами или только практиками, тем более создать его келейным образом. Но именно так, к сожалению, готовятся многие важные законы, часть дефектов которых, к счастью, часто нивелируется благодаря существованию образцов — прежде всего российских и модельных законов, откуда производятся заимствования.

Обстоятельное и детализированное правовое регулирование определенных общественных отношений в той или иной стране может свидетельствовать о ее более развитой правовой системе и более совершенной законодательной технике, что само по себе еще не удостоверяет преимущества конкретного нормативного правового акта или

правового института перед другими, ибо последние существуют в своей стране, с отличающимися (иногда существенно) общественными условиями. В одной стране более развитая та или иная группа отношений требует более детального нормативного правового акта, в другой же стране, где подобные отношения развиты слабее, можно обойтись регулированием менее обстоятельным. И все же чрезмерные законодательные контрасты часто не имеют под собой достаточных объективных оснований.

Итак, различия в гражданском законодательстве стран СНГ, помимо прочего, позволяют судить о том, с какой долей успеха идет приспособление правовых рыночных механизмов к условиям жизни в этих странах. Сравнительный анализ законодательства делает очевидной возможность прямых текстуальных (включая законоведческие находки) заимствований из законодательства других государств в целях повышения коэффициента полезного действия собственного законодательства.

Следующий момент, на который мы считаем нужным обратить внимание, характерен для становления правовой системы стран СНГ. Заключается он в постоянном смешении политических и субстанционально-юридических аспектов нормотворчества. Иногда в защиту какого-нибудь нормативного правового акта выдвигается тот аргумент, что он разработан и принят быстрее, чем за рубежом. Но это (и то далеко не всегда) могут поставить себе в заслугу политики или люди, руководствующиеся политическими соображениями. Прорыв, осуществленный на уровне идеи, часто ослепляет и мешает созданию совершенного закона. В определенной мере это проявилось в некоторых странах СНГ при создании новых ГК.

В Государственной Думе России велась острая борьба за то, чтобы утвердить в ГК РФ имманентную ему идею частного права. Это, надо признать, удалось. С. С. Алексеев в ряде своих работ подробно описывает то, что пришлось предпринять ради воплощения в ГК идей частного права и его очищения от норм публичного права, подчеркивая при этом опережающее действительность значение ГК[1] .

Но в Казахстане, равно как и в других странах СНГ (за исключением, может быть, Украины, где баталии за ГК как за идейный инстру-

[1] *Алексеев С. С.* Гражданский кодекс Российской Федерации. Заметки из истории подготовки проекта: Замечания о содержании Кодекса, его значении и судьбе / / Сб. ГК России: Проблемы. Теория. Практика / Под ред. А. Л. Маковского.– М., 1998.– С. 21–42.

мент общественных преобразований все еще продолжаются), не потребовалось преодолевать каких-либо трудностей такого плана. Поспешно был проведен процесс дублирования модельного ГК и ГК РФ. В результате был утрачен уникальный шанс создать, во всяком случае, технически лучший, а не ухудшенный (не считая отдельных частных вопросов, урегулированных лучше) вариант использованных образцов.

Каждое предпринимаемое на теоретическом уровне исследование исходит из наработанного предшественниками мыслительного материала. При этом речь идет, конечно, не об искусственной его привязке к уже имеющейся теории, а об объективном определении логического места предлагаемой теории среди существующих. Примеров неумения это делать сколько угодно. Особенности экономической жизни страны в данный период, коренная перестройка традиционных — социалистических — базисных устоев вызывают к жизни целый поток не известных прежде явлений и постоянно порождают незнакомые, по крайней мере, внешне образы. Возникает естественный соблазн утвердить приоритет в их изучении. Нередко правоведы в силу недостаточного знания «экономических материй» легковерно следуют за первыми (часто рекламными) сообщениями прессы. И тогда единственно возможным суждением становится: прогрессивно потому, что ново. Между тем без соотнесения с теорией то или иное новшество квалифицировать по существу нельзя.

Другая важная задача — критическое преодоление усвоенных стереотипов. Благодаря авторитету учителей (а психологическая сторона воздействия аргументов, как известно, не менее важна, чем логическая) и силе традиций, эти стереотипы, несмотря на их уязвимость, часто застревают в сознании столь прочно, что превращаются в неоспоримые догмы, против опровержения которых возникает протест даже на подсознательном уровне. Поэтому следует браться за развитие теорий в тех масштабах, которые ученый в состоянии подвергнуть критической рефлексии. И хотя в научной сфере для самооценки творческих возможностей исследователя нет чего-либо похожего на шкалу спортивных разрядов, рассчитывать эти возможности нужно и должно.

Конечно, сказанное вовсе не означает призыва к ограничению в реализации творческого потенциала исследователя. Тем не менее, иметь объективную оценку собственных научных ресурсов не только целесообразно, но и необходимо.

Любые теории объясняют факты, ограниченные действием тех или

иных условий. После кончины К. Маркса Ф. Энгельс в ряде писем обращает внимание своих адресатов на то, что приводимые им выводы Маркса даются с опущением определивших их условий, в то время, как только при этих условиях они и являются правильными[1]. Эта мысль Энгельса особенно важна для правоведов. Как говорится, дьявол прячется в деталях. Пренебрежение какими-то, на первый взгляд незначительными, деталями, частными условиями может повлечь за собой искажение существенных идей правового регулирования.

Так, принцип свободы договора, закрепленный в ГК, позволяет сторонам заключать договоры, не известные законодательству. В связи с мощным влиянием на экономическую, политическую, а, следовательно, и правовую жизнь РК со стороны США, многочисленные американские инвесторы и предприниматели, заключая договоры с казахстанскими юридическими лицами, используют американские юридические конструкции. Такой процесс в целом приводит к обогащению казахстанской договорной практики. Однако порой чуждым нашей правовой системе и менталитету понятиям пытаются найти место среди понятий постсоветской цивилистической доктрины.

К примеру, авторы Комментария к ГК РК (Общая часть), комментируя статью 384 о возмездных и безвозмездных договорах, используют понятие англо-американского договорного права consideration (встречное удовлетворение), без которого в англо-американском праве не обходится ни один договор и которое, по мнению наших комментаторов, выражает возмездную сущность договора[2]. Не говоря уже об ошибочности отождествления consideration с возмездностью (consideration в англо-американском праве охватывает не только предоставление материальных ценностей, услуг и т.п., но и воздержание от совершения каких-либо действий, и отказ от права), методологически исключается любая возможность введения этого понятия в аппарат действующего в республиканском гражданском праве договорного механизма (в силу того, что континентальное право основывается на всестороннем нормативном регулировании процедуры заключения договоров в отличие от расплывчатых границ понятия встречного удовлетворения

---

[1] См., напр.: *Энгельс Ф.* Письмо П. Л. Лаврову от 05.02.1884 г. // *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд., Т. 36.– С. 88–89.

[2] Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Казахстан (Общая часть): В 2 кн. / Под ред. М. К. Сулейменова и Ю. Г. Басина.– Алматы, 1998.– Кн. 2.– С. 315-316.

в англо-американском праве. Континентальное право устанавливает более жесткие требования к форме сделки, снимающие проблему наличия или отсутствия встречного удовлетворения. Некоторые однотипные сделки по континентальному праву подлежат защите, а однотипные в англо-американском праве по мотиву отсутствия встречного удовлетворения — нет. Возмездность сделки по законодательству РК предполагается, наличие же встречного удовлетворения нужно доказывать)[1] . Включение понятия consideration в гражданское право романо-германской правовой системы заставит сломать традиционные и хорошо работающие нормы, нарушит сложившуюся у нас правовую систему.

Но к каким бы выводам ни пришел исследователь в том или ином конкретном вопросе, все же ясно, что устойчивость любых правовых теорий относительна. И когда порой думается, что истина, наконец-то, достигнута, в действительности оказывается, что надо, подобно мифическому Агасферу, вновь брать свой посох и отправляться в путь дальнейших поисков.

[1] Обстоятельное сравнение consideration с напоминающими его явлениями в гражданском праве Франции и Германии см.: *Arthur T.von Mehren.* Civil Law Analogues to Consideration: an Exercise in Comparative Analysis. 72 Harvard Law Review.– 1009.– (1959).

ОЦЕНОЧНЫЕ ПОНЯТИЯ В ГРАЖДАНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

А. Диденко

Определение и признаки оценочных понятий

Гражданское законодательство использует большое количество понятий. Одним из них законодательство дает развернутые определения, другие обозначены только одним термином; некоторые находятся в составе императивных правил, иные являются элементом диспозитивных норм. Есть понятия видовые, родовые, единичные и собирательные, с точным или неопределенным объемом и т.д. Известный научный интерес представляет особый вид понятий, которые мы именуем оценочными. Выделение термина «оценочный» в специальный разряд научных понятий для правовой науки является новой ступенькой в познании правовой действительности. Отдельные оценочные понятия всегда были предметом рассмотрения цивилистов, некоторые из них в настоящее время вызывают особенно пристальное внимание[1]. И, чаще всего, интерес к индивидуальному не отрицает всеобщей природы этих понятий, а, напротив, с одной стороны, зиждется на признании значения некоторых общих гражданско-правовых принципов, а с другой, способствует приближению к уяснению всеобщего. Тем не менее, работы, в которых бы содержалась попытка осмысления общей сущности и значения оценочных понятий, отсутствуют[2].

[1] Так, появились интересные новые взгляды на понимание проблемы злоупотребления правом. См.: *Скловский К.* О применении норм о злоупотреблении правом в судебной практике. «Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации», 2001, № 2; *Куликова Л. А.* Закон или судейское усмотрение. «Юридический мир», 2000, № 12, 2001, №№ 1, 2; *Садиков О.* Злоупотребление правом в Гражданском кодексе России. «Хозяйство и право», 2002, № 2. Рассматриваются и другие отдельные оценочные понятия. См., напр., *Емельянов В. И.* Понятие «разумность» в гражданском праве России. «Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации», 2002, № 10. С. 102–107; *Кучер А. Н.* Ответственность за недобросовестное поведение при заключении договора. «Законодательство», 2002, № 10.

[2] Почти одновременно с настоящей статьей, впервые опубликованной в сб. «Гражданское законодательство Республики Казахстан. Статьи. Комментарии. Практика» (под ред. А. Диденко), вып. 14. Астана, 2002, на аналогичную тему была опубликована статья Д. А. Гайрамовича: Оценочные понятия в современном гражданском праве. «Цивилистические записки. Межвузовский сборник научных трудов. Уральское отделение Российской школы частного права».– М., Статут, 2001.

Оценочным является понятие, посредством которого законодатель предоставляет субъектам реализации правовых норм в процессе такой реализации (использовании, исполнении, соблюдении, применении норм права) самим определять меру, отделяющую одно правовое состояние от другого, либо правовое состояние от неправового.

Сравним два типа правовых норм. Примеры первого типа. Если подрядчик не приступает своевременно к исполнению договора или выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным, заказчик вправе отказаться от договора и потребовать возмещения убытков (ст. 627 ГК). Ссудодатель вправе потребовать досрочного расторжения договора безвозмездного пользования в случаях, когда ссудополучатель существенно ухудшает состояние имущества (ст. 612 ГК). Примеры второго типа. По ст. 9 УК РК не является преступлением действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния, предусмотренного Особенной частью УК, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности, то есть не причинившее вреда и не создавшее угрозы причинения вреда личности, обществу или государству. В соответствии со ст. 8 ГК РК суд может отказать в защите принадлежащего лицу права, если оно при осуществлении права нарушило правила добросовестности, разумности и справедливости. Заказчик, принявший результаты работы без проверки, лишается права ссылаться на недостатки работы, которые могли быть установлены при обычном способе ее приемки (явные недостатки) (ст. 630 ГК).

В первом типе норм стороне предоставляется право в одностороннем порядке расторгнуть договор при «явной невозможности», то есть отграничивается одно право: расторгнуть договор по взаимному согласию сторон от другого — расторгнуть договор в одностороннем порядке, либо к праву на возмещение убытков при «несущественном» ухудшении имущества ссудополучателем добавляется право на досрочное расторжение договора при «существенном» ухудшении имущества. Во втором типе — правовое явление — преступление отграничивается от неправового — аморального поступка при «малозначительности», либо выводит за пределы права (за пределы правовой защиты) «недобросовестное», «неразумное», «несправедливое» поведение, либо лишает сторону права требовать устранения недостатков, видных при «обычной» приемке.

Понятия этого рода известны всем правовым системам. Скажем,

разграничение грубой и легкой вины в римском праве проводилось по оценочному критерию — мере заботливости, присущей всякому или же доброму хозяину, заботливому и рачительному главе семьи.

Время и национальные особенности налагали на некоторые из таких понятий свой отпечаток, но в целом они были и остаются неотъемлемой частью правовой структуры.

Границей между двумя правовыми феноменами (или правовым и неправовым явлением) является мера. В подавляющем большинстве оценочных понятий меру перевести на язык цифр нельзя в отличие от естественных наук, где принято использовать арифметические величины, скажем, для оценки вероятности наступления определенного результата. Изредка и правовая наука прибегает к цифровым выражениям меры. Например, ориентиром для понятий «крупный размер», «незначительный ущерб» могут быть месячный расчетный показатель или какая-то твердая сумма. В области права поиски меры часто напоминают софизмы «лысый», «куча», когда при помощи прибавления или убавления единицы нельзя в какой-то момент с уверенностью назвать наличную совокупность ни лысиной, ни шевелюрой, ни кучей, ни некучей. Однако следует иметь в виду, что мера может носить как определенный характер (например, сумма иска при определении подведомственности споров, количество судимостей для признания лица особо опасным рецидивистом), так и неопределенный (например, при оценке таких понятий, как «грубость», «разумность», «существенность» и др., от которых зависит выбор качественно иных правовых норм). Право в области определения меры менее эластично, чем иные общественные явления: например, в сфере искусства при необходимости отличить прекрасное от безобразного, красивое от некрасивого, изысканное от безвкусного дистанция между допустимыми крайними оценками у меры более длинная, субъективному усмотрению предоставляется более широкий простор. Как не без остроумия заметил Гегель, если и не каждый супруг находит красивой свою жену, то по крайней мере каждый жених считает таковой свою невесту и находит ее, может быть, даже исключительно красивой. То обстоятельство, что субъективный вкус лишен твердых правил в отношении этой красоты, можно считать счастьем для обоих партнеров[1] .

Разброс оценочных понятий в зависимости от степени четкости

[1] *Гегель*. Эстетика. Том первый. – М., Искусство, 1968.– С. 50.

меры велик — от таких, где требуется просто здравый смысл для ее установления: «явные недостатки», «разумный срок» и т.п., до таких, где нахождение меры требует специальной правовой подготовки, правового мышления. Именно последние представляют наибольший научный интерес.

Субъектами, управомоченными раскрывать содержание оценочного понятия и реализовывать его в каждом конкретном случае, являются судебные и государственные органы, участники правоотношения. В уголовном праве субъектом может быть только суд. Лишь суд может сказать, попадает ли то или иное явление или факт в разряд крупных, мелких, злостных. В гражданском праве субъектами такого рода выступает не только суд. Контрагенты могут сами решить, соблюден ли баланс интересов, каков разумный срок, произошло ли существенное изменение обстоятельств и т.п. Это важно, ибо гражданское право рассчитано, в первую очередь, на нормальные отношения и инициативу участников правоотношений, поэтому, к примеру, когда в связи с произведенным законодательным уменьшением налоговых ставок с целью достижения баланса интересов сторон изменение контрактов с иностранными недропользователями в ряде случаев было осуществлено по согласию сторон, которые сами определили этот баланс интересов без вмешательства суда, то этот путь явился более предпочтительным, чем, если бы такое изменение было сделано через суд.

Оценочные понятия по своему существу привязаны к индивидуальному случаю с его специфическими обстоятельствами. Один и тот же термин, например, «существенное нарушение» имеет разное значение в отдельных гражданско-правовых институтах, поэтому он обозначает разные понятия, не образующие единого родового понятия «существенного нарушения». Однако типология возможна. Для этого нужно исследовать практику применения отдельных институтов и уже в рамках каждого института находить общие черты для многих случаев. Лишь некоторые оценочные понятия являются общими (разумность, добросовестность), распространяющимися на все институты гражданского права. Несмотря на привязанность оценочных понятий к конкретной ситуации, это обстоятельство не мешает выработке определенных критериев, позволяющих охватить сходные случаи. Например, ст. 297 ГК РК позволяет снизить размер взыскиваемой неустойки, если она явно несоразмерна наступившим последствиям. В судебной практике принято считать, что критериями для установления несоразмерности в каж-

дом конкретном случае могут быть: чрезмерно высокий процент неустойки; значительное превышение суммы неустойки над суммой возможных убытков, вызванных нарушением обязательств; длительность неисполнения обязательств и др. Для того чтобы применить указанную статью, суд должен располагать данными, позволяющими установить явную несоразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства (о сумме основного долга, о возможном размере убытков, об установленном в договоре размере неустойки и о начисленной общей сумме, о сроке, в течение которого не исполнялось обязательство, и др.).

Законодательные понятия не научные. Они носят официальный характер, в котором воплощена воля законодателя, в то время как научные понятия являются независимым от чьей-либо воли итогом познания объективных закономерностей. Кроме того, такая разновидность законодательных понятий, как оценочные, прямо ориентирована на субъективную оценку фактов, тогда как научные понятия абстрагируются от субъективного усмотрения. Разумеется, некоторые понятия могут перейти в законодательство из науки. Порой легальные понятия текстуально совпадают с доктринальными, но все же их природа остается существенно разной в силу названной причины. Объективные законы или закономерности не допускают исключений; право, хотя и основывается на определенных объективных закономерностях, является системой правил, в которой позволительно и разумно иметь исключения. Оперируя правовыми понятиями, в том числе и оценочными, постоянно приходится иметь дело с такими исключениями.

Оценочные понятия следует отличать от недостаточно определенных. К последним мы относим понятия, объем которых этими понятиями раскрывается лишь частично. На практике возникают трудности из-за отсутствия в законодательстве или неполноты определений терминов «иждивенцы», «родственники», «члены семьи», «интеллектуальная собственность». Недостаточно определенные понятия не становятся оценочными. Оценочные понятия — специально закреплены законодателем и целенаправленно дают простор усмотрению субъектов. Недостаточно определенные — представляют собой либо дефект законодательства, либо результат невозможности дать точный объем понятия. Усмотрение здесь есть способ исправления дефектов или конкретизации. Субъектом усмотрения тут может быть только суд. Если стороны в оценочном понятии сами определили меру, то суд ничего не может сделать вопреки их воле (если они пришли к выводу, что они достигли баланса интере-

сов, разумности, соразмерности и пр.), но если они истолковали недостаточно определенное понятие, то суд может с этим истолкованием не согласиться.

Ст. 165 ГК предусматривает, что сделка, совершенная от имени другого лица лицом, не уполномоченным на совершение сделки, или с превышением полномочия, создает, изменяет и прекращает гражданские права и обязанности для представляемого лишь в случае последующего одобрения им этой сделки. Понятие «одобрение представляемым действий представителя» в данной статье — недостаточно определенное. У одобрения имеются совершенно очевидные формы, когда представляемый, например, прямо подтверждает действия представителя. Но законодатель, не имея возможности охватить понятием одобрения все возможные случаи, предоставляет суду и другим субъектам право конкретизировать формы одобрения действий представителя.

Антимонопольное законодательство запрещает согласованные действия участников рынка, направленные на ограничение и устранение конкуренции. Имеются решения антимонопольных органов и судов, в которых понимание согласованных действий расширено до синхронности, одновременности действий без какого бы то ни было учета субъективного фактора[1], что совершенно недопустимо. Тем не менее, бесспорным является то, что такое действие, как заключение соглашения о вытеснении с рынка конкурента, относится к согласованным, другие же способы вытеснения могут быть менее ясными, что и делает понятие согласованных действий недостаточно определенным.

Подобного рода понятия близки к оценочным, но лишены основного качества последних — специальной нацеленности на принятие решения по усмотрению субъектов. Их нелегко отграничить друг от друга. Я полагаю, что отличительным признаком является также то, что в неопределенном понятии можно выделить хотя бы одну какую-либо достаточно общую его разновидность (например, прямое письменное или устное одобрение действий представителя, договор участников рынка, подтверждающий согласованные действия), а в оценочном понятии этого сделать нельзя (явность, разумность, существенность имеют привязку только к конкретному случаю). Близость названных понятий по-

[1] См., напр., *Басин Ю. Г., Диденко А. Г.* Ответственность предпринимателей за согласованные действия, ограничивающие конкуренцию. В сб. «Гражданское законодательство Республики Казахстан. Статьи. Комментарии. Практика» (под. ред. А. Диденко). Вып. 10.– Алматы, 2001.– с. 28–35.

зволяет нам остановить в дальнейшем внимание на отдельных неопределенных понятиях.

Один и тот же термин может выступать как в качестве определенного понятия, так и оценочного. Обратимся, к примеру, к термину «систематичность». Если в законодательстве сказано, что это означает два раза и более, то понятие не будет оценочным, если же ничего не сказано — то оно будет оценочным. Ст. 1045 ГК говорит о недостойных наследниках и раскрывает содержание этого понятия. Если бы в содержании статьи не было его расшифровки, то оно было бы оценочным понятием. Законодательством не всегда расшифровывается понятие существенности, но применительно к существенным условиям договора закон прямо перечисляет условия такого рода, следовательно, в первом случае «существенное» — оценочное понятие, во втором — определенное. Парижская конвенция по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г., участником которой является Казахстан, в целях смягчения монополии на товарный знак вводит правило об обязательном использовании товарного знака под страхом аннулирования его регистрации за неиспользование по истечении «справедливого срока». Последнее понятие является оценочным. Определение продолжительности этого срока отдано на усмотрение национального законодательства. В дальнейшем Закон РК «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» установил продолжительность названного срока в 5 лет. Понятие «справедливого срока» перестало быть оценочным.

Решение вопроса о применении оценочного понятия отличается от общего понимания оценки доказательств. Применяя правовую норму, всегда приходится оценивать факты с точки зрения того, охватываются ли они содержанием нормы. В чем же тогда особенность оценочного понятия по сравнению с оценкой фактов? В том, что в первом случае норма задает требуемую совокупность фактов и надо установить, есть ли она в конкретном случае или нет, а во втором — она предлагает самому субъекту решить, какая нужна совокупность. Когда суд решает, было ли одобрение действий представителя при превышении полномочий, содержала ли оферта существенные условия договора, был ли индивидуализирован предмет договора залога, то он оценивает имеющиеся в его распоряжении доказательства и факты для того, чтобы сделать вывод, имели ли место требуемые законом одобрение, индивидуализация, условия оферты. Когда же суд решает, были ли действия ра-

зумными, добросовестными и т.д., он, также оценивая имеющиеся доказательства и факты, определяет, подпадет ли это все под им сформированный формат, мерку, модель. Используя сравнение из алгебры, я бы сказал, что в первом случае происходит установление тождества между обеими частями уравнения, где в одной части представлены факты во всем их сложном взаимодействии, а в другой — правовые нормы, моделирующие ситуацию. Во втором случае в одной части уравнения также представлена фактическая ситуация, но в другой — модель, стандарт поведения, заданность которого произведена как правовыми нормами, так и лицом, решающим это уравнение, и совпадут ли обе части зависит от того, какая будет введена дополнительно собственная величина во вторую часть уравнения.

К использованию оценочных понятий близко примыкают случаи, когда в процессе правоприменения устраняются недостатки и пробелы законодательства путем использования аналогии права и закона, расширительного и ограничительного толкования. Аналогия предполагает использование принципов гражданского права, а последние нередко построены на оценочных понятиях.

Виды оценочных понятий

Приведем, помимо уже упомянутых, далеко неполный перечень оценочных понятий, встречающихся в гражданском законодательстве.

Систематичность, неоднократность — По решению суда юридическое лицо может быть ликвидировано в случаях:

3) систематического осуществления деятельности, противоречащей уставным целям юридического лица;

4) осуществления деятельности без надлежащего разрешения (лицензии), либо деятельности, запрещенной законодательными актами, либо с неоднократным или грубым нарушением законодательства — ст. 49 ГК;

Перевозчик и грузоотправитель при необходимости осуществления систематических перевозок могут заключать длительные договоры об организации перевозок — ст. 692 ГК; по соглашению страхователя со страховщиком систематическое страхование разных партий однородного имущества (товаров, грузов и т.п.) на сходных условиях в течение определенного срока может осуществляться на основании одного договора страхования путем выдачи страхователю генерального полиса — ст. 826–3 ГК; см. также ст. 107 Закона «О жилищных отношениях».

Грубый — По решению суда юридическое лицо может быть ликвидировано в случаях:

4) осуществления деятельности без надлежащего разрешения (лицензии), либо деятельности, запрещенной законодательными актами, либо с неоднократным или грубым нарушением законодательства — ст. 49 ГК; при грубом нарушении залогодержателем обязанностей, указанных в пункте 1 настоящей статьи, создающем угрозы утраты или повреждения заложенного имущества, залогодатель вправе потребовать досрочного прекращения залога — ст.312 ГК; см. также ст. 68, 159, 607, 611, 779, 794, 935 ГК.

Разумность, справедливость, деловая этика, нравственные принципы общества, злоупотребление правом — Арендодатель может быть освобожден судом от обязанности возместить арендатору стоимость неотделимых улучшений арендованного имущества, если докажет, что издержки арендатора на эти улучшения повышают стоимость арендованного имущества несоразмерно улучшению его эксплуатационных средств или при осуществлении таких улучшений были нарушены принципы добросовестности и разумности — ст. 579 ГК; см. также ст. 8, 536 ГК, ст. 51 Закона о ТОО.

Необходимая помощь — Обязанность плательщика ренты по предоставлению содержания с иждивением может включать обеспечение потребностей в жилище, в питании и одежде, уходе и необходимой помощи — ст. 536 ГК.

Добросовестность, недобросовестное поведение — Граждане и юридические лица должны действовать при осуществлении принадлежащих им прав добросовестно, разумно и справедливо, соблюдая содержащиеся в законодательстве требования, нравственные принципы общества, а предприниматели — также правила деловой этики. Эта обязанность не может быть исключена или ограничена договором. Добросовестность, разумность и справедливость действий участников гражданских правоотношений предполагаются — ст. 8; см. также ст. 536, 579 ГК, ст. 51 Закона о ТОО;

Правила гл. 48 ГК об обязательствах вследствие неосновательного обогащения применяются к требованиям о возмещении вреда, в том числе причиненного недобросовестным поведением обогатившегося лица — ст. 954 ГК.

Необходимые расходы — Необходимые расходы и иной реальный ущерб, понесенные лицом, действовавшим в чужом интересе в

соответствии с правилами, предусмотренными главой 42 ГК, подлежат возмещению заинтересованным лицом, за исключением расходов, которые вызваны действиями, указанными в п. 1 ст. 858 ГК. Право на возмещение необходимых расходов и иного реального ущерба сохраняется и в том случае, когда действия в чужом интересе не привели к предполагаемому результату. Однако в случае предотвращения ущерба имуществу другого лица размер возмещения не должен превышать стоимость имущества — ст. 859 ГК.

Существенное нарушение — При существенном нарушении плательщиком ренты своих обязательств получатель ренты вправе потребовать возврата недвижимого имущества, переданного в обеспечение пожизненного содержания, либо выплаты ему выкупной цены — ст. 539 ГК; ссудодатель вправе потребовать досрочного расторжения договора безвозмездного пользования в случаях, когда ссудополучатель существенно ухудшает состояние имущества — ст. 612 ГК; договор может быть изменен или расторгнут по требованию одной из сторон при существенном нарушении договора другой стороной. Существенным признается нарушение, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной мере лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора — ст. 401 ГК.

Существенное значение — При заключении договора страхователь обязан сообщить страховщику известные страхователю обстоятельства, имеющие существенное значение для определения вероятности наступления страхового случая и размера возможных убытков от его наступления (страхового риска), если эти обстоятельства не известны и не должны быть известны страховщику.

Существенными признаются во всяком случае обстоятельства, определенно оговоренные в правилах страхования, разработанных страховщиком, или в письменном запросе страховщика, направленном страхователю в период заключения договора — ст. 832 ГК; Сделка, совершенная вследствие заблуждения, имеющего существенное значение, может быть признана судом недействительной по иску стороны, действовавшей под влиянием заблуждения — п. 8 ст. 159 ГК.

Отрицательное влияние, затруднение доступа — Доминирующим признается исключительное положение субъекта рынка на товарном рынке, оказывающее отрицательное влияние на конкуренцию, затрудняющее доступ на товарный рынок другим субъектам рынка — ст. 16. Закона от 19 января 2001 г. «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности».

Разумный срок, разумная цена, разумный размер, разумные меры, разумное вознаграждение — Если во время выполнения работы станет очевидным, что она не будет выполнена надлежащим образом, заказчик вправе назначить подрядчику разумный срок для устранения недостатков и при неисполнении подрядчиком в назначенный срок этого требования отказаться от договора либо поручить исправление работы третьему лицу за счет подрядчика, а также потребовать возмещения убытков — ст. 627 ГК; см. также ст. 314, 428, 450, 628, 856, 1077 ГК.

Медленно — Если подрядчик не приступает своевременно к исполнению договора или выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным, заказчик вправе отказаться от договора и потребовать возмещения убытков — ст. 627 ГК.

Изобретение имеет изобретательский уровень, если оно для специалиста явным образом не следует из сведений об уровне техники — ст. 5 Патентного закона РК.

Обычно — Заказчик, принявший результаты работы без проверки, лишается права ссылаться на недостатки работы, которые могли быть установлены при обычном способе ее приемки (явные недостатки) — ст. 630 ГК; выполненная подрядчиком работа должна соответствовать условиям договора, а при их отсутствии или неполноте — требованиям, обычно предъявляемым к работе соответствующего рода ст. 632 ГК; при отсутствии в договоре условий о качестве товара продавец обязан передать покупателю товар, пригодный для целей, для которых товар такого рода обычно используется — ст. 422 ГК; в случае, когда договором не определена комплектность товара, продавец обязан передать покупателю товар, комплектность которого определяется обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями — ст. 431 ГК; покупатель обязан оплатить товар по цене, предусмотренной договором, либо, если она договором не предусмотрена и не может быть определена, исходя из его условий, по цене, определяемой в соответствии с правилами ст. 385 ГК, а также совершить за свой счет действия, которые согласно законодательным актам, договору или обычно предъявляемым требованиям необходимы для осуществления платежа — ст. 438 ГК; в случаях, когда в возмездном договоре цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, считается, что исполнение договора должно быть произведено по цене, которая в момент заключения договора при сравнимых обстоятельствах

обычно взималась за аналогичные товары, работы или услуги — ст. 385 ГК; см. также ст. 794 ГК, ст. 38 Закона РК «О торговом мореплавании».

Нормальное использование — Ссудополучатель вправе требовать досрочного расторжения договора безвозмездного пользования при обнаружении недостатков, делающих нормальное использование имущества невозможным или обременительным, о наличии которых он не знал и не мог знать в момент заключения договора — ст. 612 ГК.

Надлежащее управление — Доверительный управляющий вправе совершать любые действия, какие мог бы совершить собственник с доверенным имуществом с целью надлежащего управления им — ст. 888 ГК.

Достоверность — Подрядчик обязан до заключения договора бытового подряда представить заказчику необходимую и достоверную информацию о предлагаемых работах, их видах и особенностях, о цене и форме оплаты работы, а также сообщить заказчику по его просьбе другие относящиеся к договору и соответствующей работе сведения — ст. 644 ГК.

Сравнимые обстоятельства — Перевозчик признается просрочившим доставку груза, если груз не выдан в порту выгрузки, предусмотренном договором морской перевозки груза, в срок, который определен соглашением сторон, при отсутствии такого соглашения — в срок, который требуется при сравнимых обстоятельствах — ст. 101 Закона РК «О торговом мореплавании».

Чрезмерность, соразмерность, крайняя незначительность — Если подлежащая уплате неустойка (штраф, пеня) чрезмерно велика по сравнению с убытками кредитора, суд вправе уменьшить неустойку (штраф, пеню), учитывая степень выполнения обязательства должником и заслуживающие внимания интересы должника и кредитора — ст. 297 ГК; см. также ст. 317 ГК.

Конкретность, осуществимость — Поверенный обязан исполнять данное ему поручение в соответствии с указаниями доверителя. Указания доверителя должны быть конкретными, правомерными и осуществимыми — ст. 847 ГК.

Вынужден — Поверенный вправе передать исполнение поручения другому лицу (заместителю), если это предусмотрено договором, либо если поверенный вынужден к этому обстоятельствами в целях охраны интересов доверителя — ст. 851 ГК.

Очевидная выгода — Действия без поручения, иного указания или заранее обещанного согласия заинтересованного лица в целях предотвращения вреда его личности или имуществу, исполнения его обязательства или в его иных непротивоправных интересах (действия в чужом интересе) должны совершаться, исходя из очевидной выгоды или пользы и действительных или вероятных намерений заинтересованного лица, с необходимой по обстоятельствам дела заботливостью и осмотрительностью — ст. 855 ГК.

Разумные и доступные меры — При наступлении страхового случая, предусмотренного договором имущественного страхования, страхователь (застрахованный) обязан принять разумные и доступные в сложившихся обстоятельствах меры, чтобы предотвратить или уменьшить возможные убытки — ст. 829 ГК.

Мелкие бытовые сделки — ст. 22, 23 ГК.

Угроза — Право собственности на самовольную постройку не может быть признано за указанными лицами, если сохранение постройки повлечет нарушения прав и охраняемых законом интересов других лиц либо будет создавать угрозу жизни и здоровью граждан — ст. 244 ГК.

Возможность — Дочерней организацией является юридическое лицо, преобладающую часть уставного капитала (выпущенного уставного капитала) которого сформировало другое юридическое лицо (далее — основная организация), либо если в соответствии с заключенным между ними договором (либо иным образом) основная организация имеет возможность определять решения, принимаемые данной организацией — ст. 94 ГК.

Нетрудно заметить, что этот даже весьма приблизительный список иллюстраций оценочных понятий относится к самому широкому кругу гражданско-правовых институтов.

Спектр критериев применимости того или иного оценочного понятия необычайно широк, поскольку необозримо велики конкретные ситуации, связанные с этими понятиями.

Нередко достаточно общим критерием выступает наличная квалификация сторон, их опыт в данном бизнесе, сложившиеся деловые обыкновения. В одном из арбитражных дел было указано, что цитированный текст на лицевой стороне стандартной формы договора является достаточным для того, чтобы дать понятие разумному и осмотрительному лицу об арбитражной оговорке и иных условиях, содержащихся на

обороте[1]. Или, как было отмечено в другом арбитражном процессе, сторона, будучи профессиональным предпринимателем и хорошо знакомой с операциями по торговле нефтью, не может утверждать, что не имела понятия об обычных положениях договоров, заключаемых в этой сфере деятельности[2]. При оценке лояльности и беспристрастности арбитров, несмотря на их выборность каждой из сторон, суд отметил, что стороны сами являются архитекторами своего собственного арбитражного процесса и потому гораздо лучше информированы о доминирующих этических стандартах и репутациях в своей отрасли[3].

При применении Венской конвенции выработан достаточно стабильный подход в понимании такого оценочного понятия, как «разумное лицо». Комментаторы данного понятия отмечают, что в него включается, во-первых, понимание такого лица, подход которого соответствует общепринятым критериям к разумности его поведения, во-вторых, это понимание не вообще разумного лица, а такого, которое действует в том же качестве, что и другая сторона, когда учитываются, например, технические и коммерческие знания и опыт соответствующего лица (в частности, неодинаковыми будут требования, которые следует предъявлять к разумному лицу в случае, когда предложение сделано профессиональному коммерсанту, занимающемуся торговлей данным видом товара), и коммерсанту, ранее не имевшему опыта в данной области торговли, в-третьих, в каждом случае нужно учитывать конкретные обстоятельства, когда ориентиром должно служить то понимание, которое имел бы разумный человек, не только находившийся в том же качестве, но обязательно и при аналогичных обстоятельствах[4]. Так, суды, ориентируясь на необходимый предпринимательский опыт и квалификацию, считают справедливым снизить размер неустойки, поскольку она значительно выше тех убытков, которые потерпевший мог понести при надлежащем и разумном ведении дела в условиях современного состояния международного кредитного рынка[5].

---

[1] *Брунцева Е. В.* Международный коммерческий арбитраж. Спб., Изд. дом «Сентябрь», 2001.– С. 274.

[2] Там же, С. 272–273.

[3] Там же, С. 303.

[4] Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. / Отв. ред. А. С. Комаров.– М.: Юрид. лит-ра, 1994, с. 31.

[5] *Розенберг М.* Из практики Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ. «Хозяйство и право», 2002, № 1.– С. 54.

Примеры ошибок в применении оценочных понятий многочисленны. Так, в соответствии со ст. 317 ГК между санкцией в виде обращения взыскания на предмет залога и характером нарушения, за которое применяется эта санкция, должна существовать определенная соразмерность. Если между ними имеется явное несоответствие (к примеру, должник из общей суммы долга, эквивалентной 5000 долларов США, своевременно возвратил 4 800 долларов, а залогодержатель требует обращения взыскания на квартиру, являющуюся предметом залога), то в обращении взыскания на заложенное имущество может быть отказано. Несоразмерность между стоимостью заложенного имущества и долгом должна быть совершенно очевидной. Лишь при этом условии должник может претендовать на отказ в удовлетворении требований залогодержателя за счет заложенного имущества. Кроме этого условия, дополнительно требуется, чтобы допущенное нарушение было малозначительным. В споре, рассмотренном в Алматинском городском суде, залогодатель заявил требование об отказе залогодержателю в погашении задолженности за счет заложенного здания, поскольку сумма оставшегося долга по основному обязательству составила 15,2 млн. тенге, а оценочная стоимость здания — 45,6 млн. тенге, что, по мнению залогодателя, составляет явно несоразмерные величины. Суд справедливо не согласился с позицией залогодателя, так как п. 2 ст. 317 ГК говорит не только о несоразмерности долга и стоимости предмета залога, но и крайне незначительном нарушении должника, а долг в 15,2 млн. тенге нельзя назвать крайне незначительным нарушением.

В другом судебном споре суд не принял во внимание то обстоятельство, что в договоре не указан срок исполнения обязательства истца по оплате. В подобных случаях срок оплаты должен определяться в соответствии со ст. 277 ГК. Согласно п. 2 данной статьи обязательство должно быть исполнено в разумный срок после возникновения обязательства. Однако обязательство было исполнено истцом в срок, превышающий разумный, за который цены на металлопродукцию значительно увеличились, поэтому суду следовало обсудить вопрос о возможности применения нормы о вине кредитора (ст. 364 ГК).

Оценочные понятия можно классифицировать по разнообразным основаниям.

По их характеру оценочные понятия можно подразделить на: 1) количественные, в которых оценка связана с цифровыми величинами (си-

стематический, крупный, значительный); 2) этические, в которых оценка связана с моральными категориями (добросовестность, нравственность); 3) смешанные, в которых оценка определенных цифровых величин сочетается с моральными категориями (конкретный, осуществимый, вынужденный, надлежащий).

Другим основанием классификации выступает способ определения оценочных понятий в законодательстве. По этому основанию оценочные понятия можно разбить на: 1) чистые, которые не обусловлены никакими иными факторами (общественный интерес, недобросовестное поведение, справедливость); 2) определяемые через другие оценочные понятия. Например, в силу ст. 401 ГК существенным признается нарушение, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной мере лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора, то есть одно оценочное понятие существенность, определяется через другое — значительность; 3) ограниченные указанием на сферу своего применения. Так, п. 8 ст. 159 ГК указывает, что существенное значение имеет заблуждение относительно природы сделки, тождества или таких качеств ее предмета, которые значительно снижают возможности использования его по назначению; в ст. 832 ГК дается примерный перечень существенных обстоятельств, имеющих значение для определения вероятности наступления страхового случая и размера возможных убытков, о которых страхователь обязан сообщить страховщику: обстоятельства, определенно оговоренные в типовых условиях (правилах страхования), разработанных страховщиком, или в письменном запросе страховщика, направленном страхователю в период заключения договора.

Возможно деление оценочных понятий по объему на: 1) имеющие общее значение для всех или ряда гражданско-правовых институтов (добросовестность, нравственность) и 2) действующие в пределах одного института. Таких понятий большинство — существенное нарушение, достоверная информация, очевидная выгода и т.п.

Значение оценочных понятий

Право представляет собой установленную государством определенность. Клеточка права, которой является правило поведения, по своей природе не допускает неопределенности. В связи с этим возникает вопрос, не выпадают ли оценочные понятия со своим допущением разновариантности поведения по воле субъектов из этой закономерности, не являются ли они чем-то инородным праву или некоторым исключением

из правил? Я думаю, что нет. Оценочные понятия — органичный составной элемент права, и они не нарушают определенности права. В субъективном усмотрении лица, применяющего оценочные понятия, должно присутствовать нечто всеобщее, выше которого непозволительно возвышаться собственной индивидуальности лица. Чисто случайное понимание по типу: нравится — не нравится, часто обманчивое и ошибочное, подменяет необходимое начало, содержащееся в большинстве оценочных понятий. Это всеобщее, являющееся квинтэссенцией правовой определенности, содержится в понимании действующего права, в содержании разумности, добросовестности, очевидности, существенности и пр., сформированном столетиями применения, истолкования, уяснения, оно зиждется на авторитете бесконечного повторения сходных убеждений индивидов, авторитете государства.

Правовая наука сталкивается здесь с особым соотношением категорий субъективного и объективного в праве. В дискуссии тридцатилетней давности по проблеме связи этих категорий основное внимание было сосредоточено на детерминированности субъективных элементов правотворчества объективными, базисными отношениями[1] . Рассматривая оценочные понятия, главные формы связей этих категорий следует устанавливать, во-первых, в области специфического, как я стремлюсь показать, вида правореализации, во-вторых, в области детерминированности субъективной воли не законодателя, а управомоченных на правоприменение лиц, в-третьих, с учетом действия объективных факторов по преимуществу надстроечного, а не базисного свойства: нормами права, правосознанием, научными доктринами и пр.

Конечно, оценочное понятие без субъективного усмотрения есть лишенная реальности абстракция; реальность обретается только посредством субъективной воли. Но, с другой стороны, субъективная воля, признавая что-либо значимым, не должна останавливаться на том, что данное лицо полагает значимым. Значимое состоит в проникновении в идеи действующего права, иначе говоря, оно заключается в знании и понимании права и его духа. Субъективность должна возвыситься до точки зрения современной правовой цивилизации, во всяком случае, до того уровня цивилизации, который воплощен в правовой системе данного государства. Поэтому у субъективного усмотрения того же судьи или сторон договора имеются объективные, достаточно установимые

[1] См.: *Недбайло П. Е.* Объективное и субъективное в праве (к итогам дискуссии). «Правоведение», 1974, № 1.– С. 14–25.

границы, а не определяемые только его субъективными знаниями, мнением и личным опытом.

Некоторые современные философские течения (особенно те, которые своими истоками имеют воззрения Гумбольдта) даже в языке видят присутствие отдаленного прошлого в настоящем, ибо язык насыщен переживаниями прежних поколений и хранит их живое дыхание. Тем более правоведение, для которого концентрация разума и чувств прежних поколений в действующих правовых нормах может просматриваться легче, чем для филологии зависимость языковых форм от образа жизни народа, должно присущими правовой науке приемами находить и утверждать то постоянное и всеобщее, что содержится в юридических, в том числе оценочных понятиях.

Действительная глубина и объективность оценочных понятий при опоре на индивидуальные оценки, вкус, знания остаются непостижимыми, ибо для этого требуется полнота и адекватность усвоения разумом ценности права. В китайской мифологии есть такой сюжет. Некий человек преподнес князю кусок нефрита. Не распознав в куске породы драгоценность, князь велел отрубить дарителю ногу. Когда на престол вступил новый князь, он вновь преподнес свой дар, но тот велел отрубить ему другую ногу. И лишь третий правитель сумел оценить подарок. Сияющий драгоценный камень права, подобно этому нефриту, покрытый для непосвященных плесенью и ржой, не может быть оценен поверхностным взором и обывательским разумом.

Отсутствие критериев в разграничении добросовестного и недобросовестного, явного и не явного и т.п. означало бы, что остается руководствоваться лишь субъективным вкусом, которому нельзя предписывать правила и о котором нет смысла спорить. Но даже в сфере художественного творчества творец сознательно или неосознанно подчиняет свою фантазию твердым законам жанра. Ничем не связанный поток образов, существующий в воображении поэта, как только он выбрал для их воплощения форму сонета или хокку, должен уместиться соответственно в 14 или 3 стихотворные строки, не больше и не меньше. Существует также объективная зависимость художественного жанра от законов реальной жизни. В свое время на меня произвели сильное впечатление тексты лекций А. В. Луначарского о литературе. В них, в частности, очень хорошо показана зависимость рыцарской поэзии от экономических условий феодального общества, от системы наследования недвижимости, обеспечивающей интересы старшего сына, в то вре-

мя как младшим сыновьям приходилось на выделенном им в качестве утешения коне и рыцарских доспехах искать лучшей доли и, угождая богатым благодетелям, принимавшим их на постой, восхвалять достоинства женского окружения хозяина, которое из-за пропасти в социальном положении было недоступно нищему рыцарю и потому возводимое в посвященных прекрасной даме поэтических творениях в небесный ранг. Переходя от художественных произведений к произведению государства, именуемому правом, мы можем наблюдать гораздо большую предопределенность структурных форм, содержания норм, действий субъектов факторами объективного свойства. Законодатель имеет определенную свободу выбора метода регулирования той или иной группы общественных отношений (он может признать какие-то действия преступлением или нет, облечь передачу государственного имущества в форму поставки или купли-продажи, или административного распоряжения и т.д.), но после осуществленного выбора соответствующие правовые нормы попадут уже независимо от его воли в определенную отрасль права, в определенный правовой институт и должны будут подчиняться внутренним законам этой отрасли и института. Эта идея относится и к степени предопределенности поведения субъектов правоотношения. Стороны договора имеют свободу выбора вида заключаемого договора. Но, свободно избрав вид договора, сторона должна знать, что она подчиняет себя, во-первых, содержащимся в законодательном регулировании данного договора оценочным понятиям, во-вторых, той мере объективности оценочных понятий, которая сложилась в праве.

Нельзя обойти вниманием тот факт, что оценочные понятия создают правомерное основание для судейского усмотрения, а расширение сферы их применения раздвигает границы судейского усмотрения. Разумеется, усмотрение судьи это не то же самое, что произвол судьи.

Названное обстоятельство вызывает двойственное отношение к оценочным понятиям.

С одной стороны, они могут способствовать коррупции, ибо под формальным законном прикрытии дают суду возможность выносить нужное решение. При бесчестности и неграмотности судей они содействуют подрыву веры в справедливость у участников гражданского оборота. Судья — центральное звено правосудия. Кадровый голод в судебной системе — известная истина. К тому же, нельзя упускать из виду то, что справедливое решение судьи вызревает на почве подлин-

ной состязательности участников процесса, которая еще более уязвима и с кадровой стороны, и точки зрения процессуальной обеспеченности.

В качестве крайнего негативного проявления оценочные понятия в различных формах революционного правосознания (учет классовых интересов, целесообразность, т.н. социалистическая законность) могут выступать вообще как своеобразное отрицание права.

С другой стороны, оценочные понятия способны выполнять целый ряд позитивных функций.

1. Оценочные понятия могут улучшать судебную практику, ибо индивидуальная природа оценочного понятия предполагает необходимость в обобщении практики, достижения единообразия в однотипных случаях.

2. При профессиональной грамотности и высокой нравственности судей оценочные понятия могут содействовать утверждению принципов справедливости, поскольку позволяют при решении спора учитывать тонкости этического порядка и пр.

3. Оценочные понятия способствуют вхождению в мировую правовую систему, в которой много таких понятий и имеется устоявшаяся практика. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров одним из центральных критериев толкования Конвенции прямо называет содействие соблюдению добросовестности в международной торговле (п. 1 ст. 7), кроме этого часто указывается на применение правила разумности при оценке поведения сторон (ст. 8, 18, 25, 33–35, 37, 39, 43, 47–49, 60, 63–65, 72, 73, 75–77, 79, 85-88), обязанность стороны принять разумные меры к уменьшению ущерба, вызванного нарушением обязательства контрагентом (ст. 77, 85–88).

4. Оценочные понятия помогают заполнять пробелы в законодательстве. В повседневной практике нетрудно найти множество примеров, когда суд должен руководствоваться общими нормами, такими, к примеру, как сочетание интересов собственника с интересами других лиц. Порой существование оценочной нормы неоправданно[1], но без нее было бы еще хуже, поскольку при наличии пробела в законодательстве

[1] Например, Щенникова Л. В. рекомендует заимствовать ряд правил гражданского законодательства Германии, определенно регламентирующих ситуации, возникающие между собственником и соседями, взамен общеоценочного подхода о сочетании интересов собственника с интересами других лиц. См.: *Щенникова Л. В.* Право собственности в гражданском законодательстве России. «Законодательство», 2001, № 1.– С. 12–13.

пришлось бы прибегать к аналогии права или закона, что расширяет возможности произвольного истолкования правовых норм, в то время как наличие в этом случае оценочного понятия сужает возможности произвольного толкования.

Покажем на примере практическое значение оценочных понятий. С этой целью мы используем анализ развития законодательства об изобретениях, содержащийся в работе Т. Е. Каудырова[1]. В советском законодательстве (Положение об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях от 21 августа 1973 г.) изобретение определялось как «новое и обладающее существенными отличиями техническое решение задачи в любой области народного хозяйства, социально-культурного строительства или обороны страны, дающее положительный эффект». В период разработки первых законов по промышленной собственности велась активная дискуссия по поводу выражения «техническое решение задачи», как, якобы, излишне сужающего понятие изобретения только до уровня техники, оставляя за его рамками такие объекты, как штаммы микроорганизмов, культуры клеток растений и животных. Т. Е. Каудыров отмечает, что сторонники такого взгляда совершенно упускают из виду другое смысловое значение выражения «техническое решение задачи», которое может означать не область техники, а сущность способа решения конкретной практической задачи. Например, патент на способ лечения какой-то болезни содержит последовательность применения определенных лекарств, физиологических процедур и иных приемов лечения, и эту последовательность можно назвать техникой лечения. Ст. 991 ГК сохранила термин «техническое решение» в легальном понятии изобретения. Таким образом, данное оценочное понятие подтвердило свое право на жизнь.

Другим оценочным элементом изобретения, точнее критерием патентоспособности изобретения является его новизна. В ст. 992 ГК содержание новизны не раскрывается. Его конкретизация содержится в Патентном законе РК и Патентной инструкции РК 1999 г. Изобретение считается новым, если оно неизвестно из уровня техники. За несколько десятилетий в понимании критерия новизны произошли серьезные изменения. Положение об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях от 21 августа 1973 г. устанавливало, что «решение

[1] *Каудыров Т. Е.* Гражданско-правовая охрана объектов промышленной собственности в Республике Казахстан. Алматы, Жеті-Жарғы, 2001. Излагаемые нами положения см. далее.

признается новым, если до даты приоритета заявки сущность этого или тождественного решения не была раскрыта в СССР или за границей для неопределенного круга лиц настолько, что стало возможным его осуществление». Оценочное понятие новизны требовало раскрытия через другие оценочные понятия, такие как «сущность технического решения», «тождественные решения», «неопределенный круг лиц», что на практике вызывало многочисленные вопросы, споры и упреки в неясности правового акта. Закон «Об изобретениях в СССР» сделал шаг в сторону большей ясности данного понятия, определив, что «изобретение признается новым, если оно неизвестно из уровня техники», дав при этом понятие уровня техники.

Далее, Патентный закон РК (ст. 6) определяет, что сведения из уровня техники включают любые сведения, ставшие общедоступными в мире до даты приоритета изобретения. Здесь представляет интерес оценочное понятие общедоступности. П. 111 Патентной инструкции РК предписывает считать общедоступными такие сведения, с которым лицо может ознакомиться само, либо о содержании которого ему может быть законным путем сообщено. На практике возникают вопросы о характере сведений, содержащихся в служебных и секретных документах. В целом, как замечает Т. Е. Каудыров, даже при отсутствии грифов секретности и указания «для служебного пользования» источник информации может быть признан, не входящим в уровень техники. Окончательное отнесение источника информации ко входящим или не входящим в уровень техники является прерогативой таких субъектов применения оценочного понятия как патентный эксперт, Апелляционный совет Казпатента или суд.

Наконец, еще одно оценочное понятие, от правильного применения которого зависит патентоспособность изобретения.

В патентном законодательстве всех стран СНГ предусмотрено, что изобретение имеет изобретательский уровень, если оно для специалиста явным образом не следует из уровня техники. Кого законодательство подразумевает под специалистом?

Некоторые авторы ставят очень высокую планку для «среднего специалиста», определяя его как лицо, которое обладает всеми мировыми знаниями и способное на основании их выносить решение об очевидности.

Вопрос о так называемом среднем специалисте является спорным, и в большинстве споров о критериях патентоспособности изобретения

приходится размышлять над тем, каково соотношение между средним специалистом, экспертом патентного ведомства и судебным экспертом. Казахстанская практика исходит из того, что специалист — это образованное лицо, способное использовать профессиональные знания в полной мере, которое знает, как действовать в данной области, но не может создавать изобретения. Это — человек, способный понять сведения из уровня техники, к какой бы они области не относились. Те или иные сведения из уровня техники не обязательно должны быть понятны любому лицу, но специалист способен понять их.

В нашу задачу не входит участие в дискуссии об обоснованности тех или иных взглядов в отношении определения меры, разграничивающих одни явления от других при использовании тех или иных оценочных понятий. Для нас сейчас важно другое. История развития права интеллектуальной собственности показывает, что без оценочных понятий в процессе правового регулирования обойтись невозможно. Общественную ценность представляет такое применение оценочных понятий, которое основывается не на субъективном усмотрении управомоченных лиц, а на правовых традициях, понимании правовых принципов для данной области отношений. Регулятивная сила норм, содержащих оценочные понятия, равнозначна нормам с определенными понятиями. В оценочных понятиях сочетается консерватизм с разумной гибкостью, позволяющей изменять регулятивное воздействие путем изменения подходов к оценке фактов, не прибегая к сложной процедуре внесения изменений в законодательство. Оценочные понятия могут превращаться в определенные или частично определенные.

Оценочные понятия должны использоваться для определения границ осуществления права, заполнения пробелов в праве и пр., но не для противопоставления действующему праву или его объяснения.

Для науки гражданского права принципиальным является установление соотношения норм с оценочными понятиями и диспозитивных норм. И те и другие выступают формой осуществления присущей гражданскому праву инициативности его субъектов. В диспозитивных нормах содержится предписание государства, но допускается отступление от этого предписания, в частности, по согласию сторон. Оценочные понятия отличаются от диспозитивности именно тем, что диспозитивной нормой задается один из возможных вариантов поведения, а норма с оценочным понятием такого варианта не содержит. Хотя, на первый взгляд, кажется, что предписание заменить товар в разумный срок, дей-

ствовать добросовестно и т.д.— есть заданный правом вариант поведения. На самом деле во всех нормах с оценочными понятиями заложены две обязанности: 1. заменить товар, 2. заменить его в разумный срок; 1. сделать что-либо, 2. сделать это добросовестно и т.д. Вторая обязанность определяется только усмотрением управомоченных субъектов. Этот вывод, наряду с такими факторами, как большой рост количества правовых норм с оценочными понятиями и охват ими практически всех институтов гражданского права, превращение значительного количества международных актов частно-правового характера с оценочными понятиями в элемент национального законодательства и отличие их от приемов гражданско-правового регулирования, обыкновенно называемых цивилистической доктриной, позволяет утверждать, что оценочный метод является самостоятельным методом гражданско-правового регулирования. Подытоживая сказанное, можно определить этот метод как предоставление гражданским законодательством управомоченным субъектам возможности самостоятельно устанавливать правовое предписание для конкретного случая в рамках общих границ, предусмотренных законодательством.

ТЕМА: ГРАЖДАНСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

И. Грешников

ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН (ЗНАЧЕНИЕ, ХАРАКТЕРИСТИКА ОБЩЕЙ ЧАСТИ)

Казахстанское гражданское законодательство до принятия ГК РК

ГК РК, по сути, третий гражданский кодекс, действующий на территории Казахстана. Первый из них — это ГК РСФСР 1922 г., применявшийся в Казахстане значительный период времени.

После принятия Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1961 года в короткий срок был разработан проект ГК КазССР, который и был принят Верховным Советом КазССР 28 декабря 1963 г., Казахстан стал первой республикой, принявшей новый Гражданский кодекс, и произошло это почти на полгода раньше, чем стал законом ГК РСФСР 1964 г.

Комментарий к ГК КазССР, вышедший в свет в 1965 г., объемом около 50 п.л. также явился первым среди комментариев к гражданским кодексам союзных республик[1] .

Гражданский кодекс КазССР 1963 г. несколько отличался от своего «российского собрата» и от ГК других союзных республик большей «цивилистической» направленностью. Намерение наполнить гражданское законодательство Казахстана частноправовым содержанием ярко отразилось в смелых, и вместе с тем, ироничных словах предисловия к Комментарию к ГК КазССР — «в коммунистическом строительстве полностью используются товарно-денежные отношения в соответствии с новым содержанием, которое они имеют в плановом социалистическом хозяйстве, и применяются такие важные инструменты развития эко-

[1] В написании Комментария к ГК КазССР участвовали: Б. Б. Базарбаев, Ю. Г. Басин, А. И. Беспалова, М. А. Ваксберг, У. К. Ихсанов, М. Г. Масевич, С. И. Меерзон, Н. Г. Мурзин, Б. В. Покровский, Г. И. Тулеугалиев и другие казахстанские цивилисты, работа проходила в тесном сотрудничестве с российскими коллегами, среди которых, прежде всего, необходимо назвать профессора О. С. Иоффе.

номики, как хозяйственный расчет, деньги, цена, себестоимость, прибыль, торговля, кредит, финансы…»[1].

Вместе с тем, ГК КазССР 1963 г. был разработан в соответствии с Основами гражданского законодательства 1961 г. и включал в себя десятки статей, продублированных и в других ГК, они закрепляли особую роль государства в условиях планового хозяйства, господство государственной собственности, нормы, исключающие само появление предпринимательских отношений, базирующихся на договоре, частной собственности, принципах гражданского права.

Поэтому вполне логично, что примерно с конца 80-х годов, с появлением первых знаков развития основ рыночной экономики, ГК КазССР 1963 г., как и большинство законодательных актов советского периода, уже не отвечал реалиям жизни, тормозил развитие экономики, мешал формированию новых отношений. Требовалась скорейшая разработка нового кодификационного свода.

Но прежде чем перейти к истории подготовки и принятия ГК РК, а также к краткой его характеристике, нельзя не сказать несколько слов об Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.

Основы — это последний из наиболее значительных гражданско-правовых нормативных актов, оставшихся России, Казахстану и другим республикам от СССР, они служили своего рода связующим звеном между советским и рыночным законодательством, между ГК КазССР 1963 г., ГК РСФСР 1964 г. и действующими ныне ГК РК и ГК РФ.

Как известно, в Республике Казахстан, в Российской Федерации Основы гражданского законодательства применялись несколько лет, вплоть до принятия ГК РК и ГК РФ.

Несмотря на краткость и определенные недостатки, роль и значение Основ трудно переоценить. Они явились практически первым кодификационным сводом гражданско-правовых норм переходного периода и послужили базой для развития (формирования) гражданского законодательства во многих странах СНГ.

---

[1] Комментарий к Гражданскому кодексу Казахской ССР / Под ред. М. А. Ваксберга, Б. В. Покровского и Ю. Г. Басина.– Алма-Ата: «Казахстан», 1965.– С. 7–8, (Комментарий был подготовлен при участии заведующего кафедрой гражданского права Ленинградского университета, профессора О. С. Иоффе. Также в соавторстве с О. С. Иоффе был написан «Комментарий к Кодексу о браке и семье КазССР» – опубликован в 1972 году).

В принципиальном плане следует подчеркнуть, что Основы ввели в научный и практический оборот ряд новых или давно не применявшихся понятий и правовых определений, присущих нормальному «цивилистическому быту», в частности, определения недобросовестной конкуренции, деловой этики, делового обычая, более точно сформулировали понятие личных неимущественных отношений, ввели в практику понятие неосновательного обогащения, послужили хорошей базой для становления законодательства Российской Федерации, Республики Казахстан и других стран СНГ об организациях со статусом юридического лица.

В 1992—1995 гг. шла напряженная работа над созданием гражданских кодексов Казахстана, России, а также Гражданского кодекса стран СНГ (модель). Первые части всех трех сводов гражданско-правовых норм были приняты практически одновременно: 21 октября 1994 г. Государственная Дума РФ принимает ГК РФ (Первая часть), 29 октября 1994 г. Межпарламентская Ассамблея государств — участников СНГ в Санкт-Петербурге одобрила модель части первой ГК стран СНГ, а 27 декабря того же года Верховный Совет РК принимает ГК РК (Общая часть).

Таким образом, как будет верно утверждение, что Модель первой части ГК стран СНГ послужила прототипом принятых в России и Казахстане соответствующих частей гражданских кодексов, так и наоборот, можно с большой степенью достоверности констатировать, что принципиальные положения ГК России и Казахстана легли в основу ГК стран СНГ (модель). В дальнейшем ГК стран СНГ (модель) использовался при подготовке проектов ГК других стран Содружества. Нельзя отрицать тот факт, что в разработке ГК стран СНГ (модель) принимали участие ученые из многих стран СНГ, но основную роль в его подготовке все же сыграли цивилисты из России и Казахстана.

Что касается ГК, то это первый в истории Казахстана подлинно частноправовой акт.

Совместная работа с российским учеными и практиками в Исследовательском центре частного права в Москве, работа над ГК стран СНГ (модель) в Санкт-Петербурге, тесные личные связи ведущих юристов России и Казахстана, не только сохранившиеся, но и во многом укрепившиеся после распада СССР, а также объективные факторы, такие как общие экономические интересы России и Казахстана в

развитии и поддержании инфраструктур (нефте- и газодобывающей, горной, космической, транспортной и т.п.), вопросы совместной обороны и др. Важным фактором является единое языковое пространство, большинство населения Казахстана свободно владеет русским языком; социально-демографический фактор, почти 700 тыс. представителей казахской национальности — граждане России и более 5 млн. русских, татар, представителей других национальностей, традиционно населяющих Россию,— граждане Казахстана и, наконец, самая большая по протяженности (свыше 6 000 километров) государственная граница.

Поэтому процесс взаимообогащения и взаимовлияния вполне естествен. Все перечисленное предопределило общность подходов к решению сложных гражданско-правовых вопросов, сходство институтов, а порой и прямые совпадения ряда норм ГК России и Казахстана. Правда, немало и отличий, которые с каждым годом увеличиваются, может быть, не столько качественно (концептуально), сколько числом.

Необходимо отметить еще некоторые моменты, безусловно, влияющие на общую ситуацию. Так, во-первых, Республика Казахстан унитарное государство, и гражданское, как и любое другое законодательство, является единым для всей страны. Во-вторых, в Казахстане никогда не было представителей хозяйственной школы советского права и сильного прокоммунистического лобби в Парламенте.

Из этого следует, что сама почва для противоречий между законодательством разного уровня (федеральным и субъектов федерации, как в РФ) фактически отсутствует, хотя случаи принятия руководителями областей (акимами) различных постановлений и распоряжений, противоречащих ГК и другим законодательным актам, не редки.

Кроме того, вопрос о принятии параллельно с ГК РК некого Торгового, Предпринимательского или Хозяйственного кодекса в Казахстане серьезно не ставился и фактически не обсуждался.

С другой стороны, в Казахстане фактически нет четкого разделения властей, в частности это касается исполнительной и судебной власти, судьи считаются «высокооплачиваемыми чиновниками» и практически поставлены под контроль президентской администрации, а принцип независимости судей, закрепленный в Конституции РК и ряде конституционных законов, носит скорее декларативный, нежели реальный характер. Так, 9 августа 2002 г. в РК был принят закон «О внесении дополнений и изменений в некоторые законодательные акты Республи-

ки Казахстан по вопросам прокурорского надзора». В соответствии с этим актом прокуратура РК получила ряд полномочий, свойственных суду. Для прокурора стало возможным прослушивание телефонных разговоров с использованием специальных средств, работникам прокуратуры разрешено без ордера входить в служебные и жилые помещения, иметь доступ к документации организаций, получать в банках сведения об операциях и счетах юридических и физических лиц, тайна личной переписки перестала быть таковой. Прокурор получил право не только опротестовывать, но и приостанавливать исполнение любого судебного решения. Постановление прокурора о принудительном исполнении его же требований является одним из исполнительных документов. Фактически речь идет о вмешательстве прокуратуры в деятельность суда и о лишении граждан и юридических лиц части их основных конституционных прав.

Положение осложняется также тем, что в Конституционный Совет РК нет доступа простым гражданам, представителям частных организаций и общественных объединений, республика не является членом Совета Европы и не присоединилась к ряду важнейших европейских и глобальных конвенций и соглашений, касающихся прав человека. У граждан РК нет возможности обратиться в Европейский суд по правам человека. Все это в совокупности, помноженное на клановое устройство социальной жизни в стране, ослабляет механизм действенной защиты субъектами гражданских отношений своих прав.

Хотя наличие в республике разветвленного гражданского законодательства, корпуса подготовленных судей и юристов делает возможным оказание квалифицированной и эффективной юридической помощи в подавляющем большинстве случаев.

Общая характеристика и значение ГК РК

Гражданский кодекс Республики Казахстан — это самый большой по объему нормативный акт в государстве, в своем составе он насчитывает 1124 статьи, объединенных в 62 главы и 7 разделов.

ГК РК подразделяется на Общую и Особенную части. Общая часть ГК РК была принята 27 декабря 1994 г. и введена в действие с 1 марта 1995 г., Особенная часть была принята и введена в действие одновременно — 1 июля 1999 г.

Несмотря на то, что Общая и Особенная части ГК были приняты в разное время, а период между их принятием насчитывает более 4-х

лет, тем не менее, эти две части составляют единый нормативный акт, с общей нумерацией разделов, глав и статей.[1]

ГК есть свод согласованных между собой институтов и норм гражданского права, и никакие локальные, частные противоречия его отдельных норм друг другу, не могут изменить общего основополагающего принципа единства регулирования гражданско-правовых отношений ГК и принятых в соответствии с ним нормативных актов. Считаем, что любые исключения лишь подтверждают приведенное правило.

При противоречии норм Особенной части положениям Общей части ГК РК ситуация должна разрешаться каждый раз конкретно, уста-

[1] Противоположной позиции придерживается С. И. Климкин, который считает, что «… Общая и Особенная части Кодекса – два самостоятельных Закона, принятые в разное время (причем с разрывом в четыре с половиной года) разными высшими представительными органами (Верховным советом РК и Парламентом РК) и имеющие самостоятельную нумерацию…Особенная часть ГК имеет приоритет перед Общей частью Кодекса как самостоятельный Закон, введенный в действие позднее». См. *Климкин С. И.* Некоторые вопросы состояния гражданского законодательства Республики Казахстан на современном этапе // Гражданское законодательство Республики Казахстан…Вып. 13 – Алматы: 2002.– С. 70–71.

Однако эта позиция весьма уязвима. Во-первых, Верховный Совет (ВС) РК и Парламент РК – высшие представительные органы одного государства, ВС РК выполнял те же функции, что ныне выполняет Парламент РК, как бы данные органы ни назывались, для юридической силы принятых ими актов, это абсолютно неважно. Иначе при каждой смене наименования или персонального состава какого-либо органа, все принятые им акты считались бы недействительными или теряли силу.

Во-вторых, что касается дат принятия Общей и Особенной частей ГК, то это для соотношения данных частей внутри ГК юридической силы этих частей не имеет принципиального значения, так как сам законодатель объединил Общую и Особенную части в один акт с общим названием Гражданский кодекс Республики Казахстан. А если уж быть совершенно точным, то законодатель замыслил ГК РК как единый акт, состоящий из двух частей, Общей и Особенной, и принял ГК согласно своему замыслу.

В-третьих, если идти по пути С. И. Климкина, и не признавать Общую и Особенную часть за единый Закон, руководствоваться при этом правилом, что приоритет при противоречии законов имеет акт, принятый позднее, то при противоречии статей Общей и Особенной частей необходимо выяснить, какая из статей изменена или введена в действие позднее. Так как ГК РК постоянно изменяется и делается это с помощью законов, то с помощью предлагаемого «формального» подхода можно довольно быстро дойти до полного абсурда и раздробить ГК РК на отдельные измененные главы и статьи, согласно законам, которыми эти главы и статьи вводились, изменялись, дополнялись.

новление жестких правил было бы пагубно для практики, здесь уместно вспомнить изречение Ульпиана о том, что «справедливость имеет предпочтение перед строгим пониманием закона» (D.7.62.6).

В тоже время, поскольку основные начала и принципы гражданского права заложены в Общей части ГК РК (в части первой ГК РФ), то в случае наличия явных противоречий, приоритет должен быть отдан нормам Общей части ГК РК (нормам части первой ГК РФ). Иначе будет поставлен под вопрос сам смысл существования Общей части, действенность содержащихся в ней конституциирующих начал. Необходимо учитывать, прежде всего, тот факт, что общие положения, содержащиеся в первых главах ГК РК и ГК РФ, стоят над всем гражданско-правовым нормативным материалом, составляют его базис, в каком-то смысле вбирают в себя незыблемую часть гражданского законодательства.

Совершенно справедливо отмечают М. К. Сулейменов и Ю. Г. Басин, что «при пользовании Особенной частью Гражданского кодекса следует всегда учитывать, что ее нормы регулируют лишь особенности той или иной группы правоотношений. …

При обнаружении каких-либо противоречий между нормами ГК (Особенная часть) и нормами других законов должны применяться согласно п. 2 ст. 3 ГК нормы Гражданского кодекса»[1].

Однако далее цитируемые авторы определяют, что «противоречия же между нормами Общей и Особенной частей Гражданского кодекса, если таковые будут выявлены, должны разрешаться с учетом приоритета Особенной части ГК по принципам соотношения юридической силы общего и специального законов»[2].

Ю. Г. Басин даже полагает «целесообразным включение в п. 2 ст. 3 ГК специальной второй части приблизительно такого содержания: «В случаях противоречий между предусмотренными настоящим Кодексом общими нормами и специальными нормами применяются специальные нормы»[3].

На наш взгляд, М. К. Сулейменов и Ю. Г. Басин вступают в противоречие сами с собой, когда, с одной стороны, они совершенно верно и правильно отстаивают приоритет ГК РК (Особенная часть) перед дру-

---

[1] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий / Отв. ред. М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. – Алматы, 2000.– С. 4–5.

[2] Там же.– С. 5.

[3] *Басин Ю. Г.* О необходимости концептуальных изменений ГК РК // Гражданское законодательство Республики Казахстан… Вып. 14.– Алматы, 2002.– С. 27.

гими законами, по сути, отдают предпочтение общему акту ГК РК перед специальными, частными законами. Так, еще в 1998 г. они писали, что «для эффективности действия всей системы законов (речь идет о гражданско-правовых законах,— *И. Г.*) требуется соблюдение, как минимум, трех условий: частные законы должны опираться на общие положения Гражданского кодекса; при обнаружении противоречий между нормами частного закона и нормами Гражданского кодекса применяться должны последние; сами эти частные законы должны быть согласованы между собой»[1] .

С другой стороны, в случае обнаружения противоречий между Общей и Особенной частями ГК РК, приоритет отдается Особенной части ГК.

При внимательном разборе этой позиции необходимо отметить, что происходит определенное смещение понятий «разрешение противоречий между нормами» и «регулирование особенностей отношений, исключений, которые не подпадают под действие общих норм».

Представляется, что принцип соотношения юридической силы общего и специального законов к случаям противоречий норм Общей и Особенной частей ГК применим быть не может.

Когда говорят о приоритете специального закона над общим, то, прежде всего, имеют в виду регулирование отношений отдельных видов, содержащих особенности, нуждающиеся в «индивидуальном» подходе и внимании законодателя. Здесь необходимо четко различать противоречия между нормами отдельных законов и случаи регулирования отдельных отношений, составляющих исключения из общих правил.

Таким образом, между общим и специальным законами, их нормами нет противоречий, они определяют правила и исключения, законы общего характера дают основу для регулирования больших групп отношений, а специальные законодательные акты нормируют особенности.

Внутри Особенной части ГК РК, в нормах, регулирующих отдельные виды обязательств, также есть общие положения. Например, общие положения о купле-продаже, ренте, имущественном найме, подряде, банковском обслуживании, хранении, об обязательствах, возникающих вследствие причинения вреда, общие положения права интеллектуальной собственности, общие положения о наследовании и общие

---

[1] Гражданский кодекс РК (Общая часть). Комментарий…– Алматы, 1998.– С. 8.

положения международного частного права. Помимо того, даже в составе тех видов обязательств, где законодатель не выделяет общих положений в главу, как в разделе V «Право интеллектуальной собственности» или в параграф, как в купле-продаже — общие нормы, относимые к обязательству в целом, содержаться в отдельных статьях (см., например, главу 40 ГК РК — «Страхование» и т.д.).

Возможно ли говорить о противоречиях общих положений о купле-продаже и нормах, о розничной купле-продаже, предусматривающих целый ряд исключений из общих правил купли-продажи?

Необходимо учитывать и то, что разделы и отдельные главы Общей части ГК РК также содержат общие положения, о юридических лицах, об объектах гражданских прав, праве собственности, общие положения об обязательстве, о договоре.

Если и вносить концептуальные изменения в п. 2 ст. 3 ГК РК, то необходимо зафиксировать следующее: ГК РК представляет собой единый законодательный акт, состоящий из Общей и Особенной частей. При регулировании гражданских отношений отдельных видов Особенная часть ГК РК может устанавливать исключения из норм и правил Общей части ГК РК.

Подводя условную черту, хотелось бы еще раз зафиксировать нашу позицию — там, где нормы Особенной части регулируют исключения, особенности (собственно отчасти для этого и существует Особенная часть ГК РК), данная часть может иметь приоритет над нормами Общей части ГК РК, во всех остальных случаях приоритет имеет Общая часть. При действительном противоречии (неточности, разночтении) норм Особенной части нормам Общей части ГК РК приоритет должен быть отдан положениям Общей части ГК РК. Иначе посредством введения отдельных норм в ту или иную главу Особенной части можно отменить действие основных начал гражданского права по отношению к отдельным группам отношений, регулируемых ГК РК.

Система гражданского законодательства Казахстана

В соответствии с п.п. 1, 2 ст. 3 ГК РК, ст. 4 Закона РК «О нормативных правовых актах» от 24 марта 1998 г.[1] — кодексы в Республике Казахстан имеют большую юридическую силу, чем простые законы.

Следовательно, ГК РК имеет безусловный приоритет перед остальными законодательными актами, содержащими гражданско-правовые

[1] См. изменения и дополнения, внесенные в Закон РК «О нормативных, правовых актах» от 24 марта 1998 года, Законом РК от 17 октября 2001 года.

нормы и регулирующие имущественные и личные неимущественные отношения. ГК РК является паттерном, ядром всей системы казахстанского гражданского законодательства. Именно такой позиции придерживаются и разработчики проекта ГК РК, заявляя, что ГК РК является основополагающим и системообразующим законодательным актом[1].

Несколько отличной позиции придерживается А. Г. Диденко, который еще в период обсуждения Верховным Советом РК проекта ГК РК (Общая часть) выражал сомнения *в конституционности решения, когда частный закон содержит норму, ставящую его выше других законов* (имелся в виду п. 2 ст. 3 ГК РК в первоначальной редакции,— *прим., И.Г.*)[2]. Более того, А.Г. Диденко считает, что «в Казахстане, равно как и в других странах СНГ…, был проведен процесс дублирования модельного ГК и ГК РФ. В результате был утрачен уникальный шанс создать… технически лучший, а не ухудшенный (не считая отдельных частных вопросов, урегулированных лучше) вариант использования образцов»[3]. Нам представляется, что модельный ГК стран СНГ есть плод совместных усилий именно (в основном) российских и казахстанских цивилистов, так что вести речь о копировании или повторении нельзя, а возможность создать нечто лучшее всегда присутствует.

Казахстанским гражданским законодательством регулируются товарно-денежные и иные основанные на равенстве участников имущественные отношения, а также связанные с имущественными личные неимущественные отношения (см. п. 1 ст.1 ГК РК), сходная норма содержится и в ст. 2 ГК РФ.

Исключением из этого правила в Казахстане являются отношения, связанные с созданием, реорганизацией, банкротством и ликвидацией банков и хлебоприемных предприятий, контролем и проверкой за деятельностью указанных субъектов, лицензированием отдельных видов банковских операций, осуществлением операций со складским свидетельствами хлебоприемных предприятий. Перечисленные отношения регулируются ГК РК только в части, не противоречащей законодатель-

---

[1] См. Гражданское право. Том. I. Учебник для вузов (академический курс).– Алматы, 2000.– С.35.

[2] *Диденко А. Г.* Гражданский кодекс – каким ему быть // Казахстанская правда. 1994. 10 авг.

[3] *Диденко А. Г.* О познании правовой действительности. / См. настоящий сб.,– с. 17.

ным актам, регулирующим банковскую деятельность и деятельность хлебоприемных предприятий[1].

В то же время, отношения банк — клиент, а также отношения между клиентами через банки регулируются нормами гражданского законодательства[2].

Кроме норм гражданского законодательства, имущественные и личные неимущественные отношения, в Казахстане, могут регулироваться обычаями, в том числе обычаями делового оборота[3], если они не противоречат гражданскому законодательству.

В РК действует приоритет международного законодательства перед республиканским. Международные договоры фактически являются частью казахстанского законодательства. Если международный акт был подписан и ратифицирован Республикой Казахстан, то при его противоречии с гражданским законодательством РК применяются правила международного акта. Международные договоры, участником которых является Республика Казахстан, применяются к гражданским отношениям непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутриреспубликанского акта.

При применении норм гражданского законодательства все более широко используется аналогия закона и права. Гражданское законодательство в Казахстане не имеет себе равных по объему и сложности и очевидно, что многие его нормы и отдельные положения требуют тол-

[1] В Казахстане весьма сильны позиции Министерства сельского хозяйства РК и ЗАО «Продовольственная контрактная корпорации» (акционерное общество с государственным пакетом акций, занимающееся закупками зерна, контролирующая большую часть предприятий по хранению и переработке зерна, осуществляющая другие функции, связанные с управлением государственными продовольственными резервами), «их депутаты» пролоббировали в Парламенте изменения в ГК РК и принятие Закона РК от 19 января 2001 г. N 143-II «О зерне». Так как организации по приемке и хранению зерна ничем особым не отличаются от других субъектов права, то деятельность хлебоприемных предприятий является вполне рядовой, а все основные договоры, используемые в ходе их деятельности (напр., договоры контрактации, хранения, перевозки, страхования и т.п.), регулируются ГК РК, считаем, что норма о приоритете «хлебозаготовительного» законодательства над гражданским должна быть исключена из ГК.

[2] В 1995–1998 годы банковское законодательство имело приоритет над гражданским законодательством, даже в отношениях банк-клиент.

[3] Широкое распространение в РК имеют, например, ИНКОТЕРМС-1990 и ИНКОТЕРМС-2000.

кования. В составе ГК РК, также как и в ГК РФ, имеются так называемые оценочные понятия и категории (добросовестность, разумность, справедливость, нравственные принципы общества, а в отношении предпринимателей понятие правил деловой этики). Возрастает значение актов правоприменительной практики, судебных решений, определений и постановлений, особое значение обретают постановления пленарных заседаний Верховного суда РК, которые в соответствии с п. 2 ст. 3 Закона РК от 24 марта 1998 г. «О нормативных правовых актах» имеют статус одного из основных нормативных актов. Все перечисленное увеличивает роль, значение и ответственность судьи и суда как института защиты прав в целом.

Основные начала и принципы гражданского законодательства РК

Основные начала права — это его исток, исходные положения, которые существуют до появления текста норм, регулирующих конкретные отношения. Начала права должны определять, задавать направление при акте творения, как гражданского кодекса, так и любого иного гражданско-правового закона.

Довольно часто приходится читать и слышать, что ГК РФ и ГК РК являются «экономической конституцией», а первые статьи ГК «правовыми основами экономического оборота». При всей верности таких высказываний, необходимо заметить, что ГК является актом, определяющим не только экономические, хозяйственные отношения, но и сводом норм, который регулирует отношения между гражданами, нормирует личные неимущественные и несвязанные с имущественными отношения. Иногда юристы излишне увлекаются экономической стороной, не придавая большого значения иным отношениям, урегулированным ГК и напрямую с хозяйственным оборотом не связанным. Такой подход представляется неполным, редуцированным и усеченным, в конечном итоге умаляющим значение гражданского права в целом.

В соответствии с п. 2 ст. 2 ГК РК субъекты права свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых, не противоречащих законодательству условий договора.

Одно из важнейших начал гражданского права закреплено в статье 8 ГК РК, так, субъекты гражданских отношений распоряжаются принадлежащими им гражданскими правами, в том числе правом на их защиту, по своему усмотрению.

Причем, отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав, как правило, не влечет прекращения самих этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами. Ю. Г. Басин выдвинул предложение об исключении данного пункта из ст. 8 ГК, так как на практике возникают трудности при решении вопроса о различении отказа от осуществления своего права и отказа от права как такового. Представляется, что Ю. Г. Басин предлагает легкий путь, результатом которого будут новые казусы. Норму п. 2 ст. 8 ГК необходимо сохранить, дополнив ссылкой на исключения, содержащиеся в законодательстве и порождаемые практикой[1].

В то же время, осуществляя свои гражданские права, лицо не должно нарушать прав и охраняемых интересов других субъектов права, не должно причинять ущерба окружающей среде.

Суд может отказать в защите лицу, которое при осуществлении своего права, нарушает права и интересы третьих лиц, злоупотребляет своим правом, либо осуществляет его в противоречии с назначением данного права (п. 5 ст. 8 ГК РК).

В определении назначения права в конкретной ситуации и фактов, например, свидетельствующих о злоупотреблении им, несомненно, большую роль, чем это было ранее, до принятия ГК РК, играет суд. Защита гражданских прав в РК осуществляется государственным судом — судом общей юрисдикции.

Экономические и иные специализированные суды входят в единую систему государственных судов, возглавляемую Верховным судом Республики Казахстан[2], в ближайшее время планируется создать систему специализированных административных судов, в компетенцию которых будет входить разрешение споров между государственными

---

[1] См. *Басин Ю. Г.* О необходимости концептуальных изменений ГК РК // Гражданское законодательство Республики Казахстан. Вып. 14 – Алматы, 2002.– С. 28.

[2] С 1995 года в Казахстане нет государственного арбитражного суда, его функции выполняют межрайонные экономические суды, а также коллегии по гражданским делам Алматинского и Астанинского городских судов, коллегии по гражданским делам областных и аналогичная коллегия Верховного суда РК.

Вполне возможно, что в ближайшее время, на уровне областей и в городах республиканского значения, возникнут экономические суды или же коллегии по разрешению экономических споров в составе областных и приравненных к ним судах, но создание обособленного от системы общих судов экономического суда пока не планируется.

органами и ведомствами, с одной стороны, гражданами и юридическими лицами, с другой.

Защита прав может также осуществляться третейским (арбитражным) судом[1].

Средства защиты прав граждан и организаций перечислены в п. 1 ст. 9 ГК РК.

В условиях рыночной экономики особый статус приобретают два основных ее субъекта: предприниматель и потребитель. Свобода предпринимательской деятельности гарантирована государством и должна обеспечиваться его протекцией и поддержкой. Отчасти поэтому, отдельная 10-я статья гл. 1 ГК РК посвящена определению понятия и закреплению принципов осуществления предпринимательской деятельности, средствам защиты прав предпринимателей. Статьей 10 ГК закреплены также критерии, по которым та или иная деятельность может быть отнесена к разряду лицензируемых, гарантирована охрана коммерческой или предпринимательской тайны.

ГК уделяет определенное внимание также и правам потребителей, п. 6 ст. 10 ГК РК закрепил четыре главных права потребителя: свободное приобретение товаров, использование работ и услуг; надлежащее качество и безопасность товаров (работ, услуг); полную и достоверную информацию о товарах (работах, услугах) и на объединение потребителей в общественные организации.

Субъекты гражданского права, понятие и общая характеристика

Как известно, субъектами гражданского права являются физические и юридические лица. В отношении физических лиц ГК РК воспринял традиционный подход.

Новшествами ГК РК являются нормы о регулировании предпринимательской деятельности граждан и объемная ст. 21 «банкротство индивидуального предпринимателя».

---

[1] На сегодняшний день термины «арбитраж», «арбитражный суд», «третейский суд»» в Казахстане, да и в большинстве стран мира, за исключением России и некоторых других государств,— синонимы.

Все казахстанские арбитражные (третейские) суды, существующие ныне, являются негосударственными.

Помимо ГК РК, предпринимательская деятельность граждан в Казахстане регулируется Законом от 19 июня 1997 г. «Об индивидуальном предпринимательстве», а также отдельными нормами других законодательных актов.

Необходимо отметить, что понятие физического лица, право и дееспособности, основные права граждан, случаи ограничения и прекращения право и/или дееспособности, возрастные критерии и другие нормы в ГК РК и ГК РФ в основном совпадают. Тем не менее, некоторые отличия существуют. Так, например, ГК РФ включает нормы об эмансипации работающих и занимающихся предпринимательством граждан с 16 лет, ГК РК подобных норм не содержит. Единственный случай, когда казахстанский законодатель допускает приобретение дееспособности в полном объеме до достижения 18 лет, связан со вступлением в брак. Гражданский кодекс России довольно подробно регулирует отношения по опеке и попечительству, казахстанский кодекс, напротив, намечает лишь контуры названных институтов, а основная масса нормативного материала об опеке и попечительстве содержится в законодательстве о браке и семье.

По юридическим лицам ситуация представляется следующим образом: в советский период основные признаки юридического лица, оформленные теоретически, были включены в текст Основ гражданского законодательства 1961 г. и соответствующих статей гражданских кодексов союзных республик. Такое же положение сохранилось после принятия Основ гражданского законодательства 1991 г.

Нельзя не отметить тот факт, что с принятием упомянутых Основ 1991 г. система организаций, имеющих статус юридического лица, в корне поменялась, но взгляды авторитетных цивилистов на природу юридического лица, традиционные признаки организаций, обладающих правами юридического лица, не претерпели существенных изменений. Это не замедлило сказаться на формулировке определения юридического лица в ГК стран СНГ (модель), а также в новых гражданских кодексах государств СНГ. Причем принятое в советском гражданском праве определение юридического лица практически не подвергается критике, а лишь комментируется.

Традиционно выделяют следующие признаки организации с правами юридического лица[1] : организационное единство; имущественная обособленность и самостоятельная имущественная ответственность; возможность приобретать и осуществлять от своего имени имущественные и личные права и обязанности; быть истцом и ответчиком в суде; иметь самостоятельный баланс или смету.

Кроме того, ГК большинства стран СНГ требуют, чтобы у организаций имелось обособленное имущество на праве собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления. Несколько отличается подход, сформулированный в п. 1 ст. 50 ГК Армении и п. 1 ст. 24 ГК Грузии, указанные нормы определяют, что имущество может находиться у организации, являющейся юридическим лицом на праве собственности.

ГК Армении и Грузии отказались от использования права оперативного управления и хозяйственного ведения применительно к субъектам права, нет их и в разделе 4 «Право собственности и другие имущественные права» ГК Армении, а также в книге второй ГК Грузии, которая озаглавлена «Вещное (имущественное) право». Интересно заметить, что гражданское право Армении, Грузии и некоторых других стран СНГ, не знает предприятия как организационной формы, как субъекта права.

Теперь несколько слов еще об одном признаке организации, обладающей по казахстанскому законодательству статусом юридического лица — это печать. Дискуссия о ее признании существенным признаком юридического лица завершилась победой сторонников эмпирического подхода к природе юридического лица. Но наличие печати — не признак, а, скорее, атрибут, но не юридического лица, а организации — такая же ее принадлежность, как фирменные бланки, товарный знак,

---

[1] ГК Грузии (п. 1 ст. 24) рассматривает юридическое лицо как *созданное для достижения определенной цели, имеющее собственное имущество организационное образование, которое самостоятельно отвечает своим имуществом и от своего имени приобретает права и обязанности, заключает сделки и может выступать истцом и ответчиком в суде.*

Таким образом, с одной стороны, в п. 1 ст. 24 ГК Грузии сделана попытка дать определение понятия «юридическое лицо» и речь идет об «организации цели» либо об «имуществе цели», а с другой стороны, одновременно с этим перечисляется ряд признаков реально существующей организации с правами юридического лица. В отношении признаков организации со статусом юридического лица, за исключением, пожалуй, «имущественной обособленности» ГК Грузии идет в фарватере общей концепции.

знак обслуживания. Сущность статуса юридического лица не может определяться печатью. Практическое значение последней состоит, как правило, в удостоверении некоторых исходящих от организации документов либо в удостоверении подписи представителя организации, в подтверждении его полномочий.

Таким образом, и российский, и казахстанский, и законодатели остальных стран СНГ, давая определение юридическому лицу, пошли по пути описания явления, существующего в жизни, не отвечая на вопрос о его *сути*. Признавая организацию юридическим лицом, законодатели «смотрят» на конкретное предприятие, учреждение и создают условия для решения текущих хозяйственных задач по руководству, организации и контролю в сфере предпринимательской деятельности. Признаки и характеристики, установленные в ходе исследования конкретных форм организаций, их внутренней структуры, законодатели привнесли в само понятие «юридическое лицо».

Между тем признаки, характеризующие организацию, обладающую статусом юридического лица, не должны быть столь предметными. По нашему мнению, к таким признакам, прежде всего, относятся: собственная правосубъектность и личная ответственность по долгам и обязательствам, в том числе имущественная; организационная структура; публичность появления и прекращения деятельности, необходимость государственной или иной регистрации.

Обобщая сказанное, можно предложить следующее определение понятия «юридическое лицо»: *Юридическое лицо есть абстрактная правовая конструкция, позволяющая включить различные организованности в круг субъектов гражданского права и получить им статус субъекта права.*[1]

В настоящее время как казахстанский, так и российский законодатели сохранили *специальную* правоспособность в отношении государственных предприятий, в уставах которых определяются предмет и цели их деятельности (ст.103, 104 ГК РК; ст. 113, 114 ГК РФ). Причем сделка, нарушающая специальную правоспособность организации, то есть совершенная в противоречии с целями деятельности определенно ограниченными Гражданским кодексом, иными законодательными актами или учредительными документами, либо совершенная с нарушением

[1] Более подробно о нашей позиции см.: *Грешников И. П.* Субъекты гражданского права: юридическое лицо в праве и законодательстве.— СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002.— С. 113– 159.

уставной компетенции ее органа, может быть признана недействительной по иску собственника имущества организации (см. п. 11 ст. 159 ГК РК). Во многом сходные нормы содержатся и в ст. 173 ГК РФ.

Организации со специальной правоспособностью — это, как правило, субъекты цели, их существование определено необходимостью достижения этой цели или осуществлением деятельности, поэтому права подобных организаций ограничены.

К *организациям цели* или же к субъектам со специальной правоспособностью относятся некоммерческие организации (см. Закон РК от 16 января 2001 г. «О некоммерческих организациях»).

Правоспособность юридического лица, в соответствии с п. 2 ст. 35 ГК РК, возникает в момент его создания и прекращается в момент завершения процесса его ликвидации. Актом, подтверждающим получение организацией статуса юридического лица, является свидетельство о государственной регистрации, выдаваемое органами юстиции. Министерство юстиции РК и его органы на местах не только осуществляют государственную регистрацию, но и должны вести единый государственный регистр юридических лиц. Сходный порядок действует в Российской Федерации.

Ответственности организаций посвящена ст. 44 ГК РК.

Организации с правами юридического лица подразделяются по различным основаниям, классификаций существует множество[1].

Опираясь на законодательные акты и анализ фактической ситуации, сложившейся в этой сфере, стратифицируем организации следующим образом:

I. По *цели образования и составу учредителей (участников) различаются частные и государственные организации.*

1. Частные организации, в свою очередь, подразделяются на коммерческие и гражданские (некоммерческие).

2. Государственные организации составляют особую группу, так как цель их образования и деятельности включает публичный элемент. Под государственными организациями мы понимаем государственные учреждения и предприятия, организации любой иной правовой формы с доминирующим государственным участием, позволяющим чиновникам создавать и ликвидировать организации, изменять

---

[1] См. напр., Гражданское право / Под ред. Е. А. Суханова.— М., 1993.— Т. 1.— С. 86–90.

учредительные документы, назначать и сменять их руководство, распоряжаться имуществом, совершать крупные сделки и т.п.

Нельзя не учитывать, что часть государственных организаций наделена контрольными и даже управленческими функциями. Так, например, национальные компании в сфере энергетики, транспорта, связи и других областях хозяйства республики являются флагманами и основными «игроками», контролирующими определенный сектор экономики страны. Национальные компании создаются преимущественно по специальному указу главы государства или постановлению правительства, в форме закрытых акционерных обществ, 100% акций которых принадлежат государству[1] .

Государственные организации в зависимости от цели образования и функций стратифицируются на три подгруппы:

— организации, для которых функции управления и контроля являются основными;

— организации, сочетающие управленческие функции с хозяйственной деятельностью;

— организации, занимающиеся в основном хозяйственной деятельностью.

Любая государственная организация должна содержать в своем наименовании указание на своего (единственного или основного) учредителя (участника), т.е. включать в название слова «государственная», либо «национальная».

Считаем ошибкой применение классификации коммерческие — некоммерческие организации к государственным организациям, в целом и отнесение гражданским кодексом к коммерческим организациям государственных предприятий, хозяйственных товариществ с уставным капиталом, большая доля которого принадлежит государству, а также акционерных обществ с контрольным пакетом акций, являющимся собственностью государства, в частности. Названные товарищества и акционерные общества должны именоваться «государственными товариществами и государственными акционерными обществами».

Главным в разделении субъектов права должна стать не их организационно-правовая форма, а фактическая цель образования и деятельности, определенная учредителями.

---

[1] Об особенностях правового положения национальных компаний см. *Басин Ю. Г.* О необходимости концептуальных изменений ГК РК. // Гражданское законодательство Республики Казахстан. Вып. 14.— Алматы, 2002.— С. 31–33.

Учитывая вышеизложенное, считаем необходимым внести существенные изменения в статьи 34, 38 и 44 ГК РК.

II. В зависимости от *отношения учредителей к имуществу образованных организаций* они классифицируются как организации:

· на имущество которых учредители сохраняют обязательственные права;

· на имущество которых учредители сохраняют вещные права;

· на имущество которых учредители не сохраняют никаких имущественных прав.

Принятие ГК РК, ГК РФ и гражданских кодексов других стран СНГ — это не конец, а, скорее, начало, точка отсчета процесса кодификации гражданского законодательства. Важно, чтобы гражданские кодексы поддерживались в рабочем состоянии, были постоянно востребованы. Поэтому истоком любого нового гражданско-правового закона должен быть гражданский кодекс.

Существование единого гражданского кодекса может быть оправдано и необходимо, если он будет продолжать сохранять в себе общие и основные положения всех или, по крайней мере, большинства известных гражданско-правовых институтов.

ТЕМА: ОСНОВАНИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

А. Диденко

ПОНЯТИЕ «ОБЕЩАНИЕ» В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Элементом гражданско-правовых отношений являются волевые акты людей. Выступая движущей силой имущественных и личных неимущественных отношений, волевые акты принимают самые разнообразные формы: решения, предложения, конклюдентные действия, молчание, обещания, согласования и т.д. Нормы гражданского права за отдельными волевыми актами признают юридическое значение, за другими — нет. Цивилистическая наука выработала много идей по поводу влияния воли и волеизъявления на возникновение и формирование правовых феноменов. Однако изменившиеся социальные реалии ставят новые задачи в этой области. Например, нынешняя роль договора, освобожденного от влияния плана, заставляет по-иному посмотреть на границы свободы воли и волеизъявления его участников. Иногда правоприменительная практика вырабатывает своеобразный подход к тем или иным вопросам, и гражданско-правовой теории необходимо прореагировать на него во избежание повторяемости ошибки или, напротив, для обоснования правильности соответствующего подхода. В других случаях появляется необходимость в обобщенном рассмотрении явления, в чем ранее нужды не было. Наконец, глобализация правового регулирования экономики порой заставляет тесно вплетать в устоявшиеся правовые схемы нити иных систем, а именно — в континентальные правовые конструкции правила англо-американского права. В определенной мере отпечаток всех перечисленных факторов лежит на проблеме установления роли такой формы волеизъявления, как обещание.

Проблема обязывающего значения обещания восходит к общетеоретической проблеме свободы воли: насколько лицо, будучи свободным в даче обещания, свободно в его отмене? На этой проблеме останавливали свое внимание выдающиеся философы. Например, для Спинозы был важен такой аспект проблемы: если в естественном состоянии никто не обязан выполнять свои обещания, посчитав, что ранее обещанное противоречит его выгоде, то, как тогда заставить людей выполнять договор об образовании государства? Спиноза находил выход в

том, что договор сразу надо сделать таким, чтобы от нарушения договора для нарушителя было бы больше вреда, чем пользы.

Известно, что названная свобода человечеством ограничивалась всегда — обещание с целью недопустимости от его отказа облекалось в форму клятвы, подкреплялось магией слов, печати, формальной записи и т. д. Вот несколько исторических примеров. В Библии сказано, что Иегова подтвердил клятвой свое обещание перед Авраамом быть защитником Аврааму и его потомкам, дать ему и его потомкам в вечное пользование землю, по которой Авраам странствует. А. С. Пушкин в подготовительных текстах к «Истории Петра» описывал действия мятежников, которые закрылись в городе и «меж собой присягою утвердили обещание обороняться до смерти». У С. М. Соловьева в «Истории России с древнейших времен» упоминается, как московскому послу было предписано накрепко отговариваться давать клятву в том, что великий князь даст обещанные деньги, если же нельзя будет отговориться, то дать требуемую клятву. Обещание нередко подкреплялось поручительством. С. М. Соловьев описывает, как суздальский епископ Дионисий был взят под стражу, и для того, чтобы избавиться из заключения, дал великому князю обещание не ездить в Царьград без его позволения и поставил поручителем преподобного Сергия Радонежского. Думается, что в сегодняшнем праве нет препятствий использовать гарантию или поручительство в отношении юридически значимого обещания, разумеется, в современных гражданско-правовых формах, хотя практика и не сталкивается с таким обеспечением. Но то, чего нет сегодня, может стать распространенным завтра. Нельзя теорию изначально низводить на решение существующих прикладных задач.

Основываясь на том или ином научном подходе к соотношению свободы и необходимости во взаимоотношениях людей, законодатель определяет формальные границы для свободного принятия решений, их отмены и т. д., т. е. устанавливает степень связанности воли субъекта. Хорошей иллюстрацией названной зависимости может служить правовое регулирование свободы договора. Правовые границы этой свободы в советский период предопределялись доктриной социализма о решающей роли плана, в настоящее время — постулатами рыночной экономики. Юридические результаты, как мы знаем, в первом и во втором случае принципиально разные.

Рассмотрение подобного рода соотношений — задача философии права. В рамках аналитической или догматической юриспруденции тре-

буется иное — установить место, занимаемое в правовой системе данным явлением.

В ГК понятие «обещание» встречается только в Особенной части (в ст. 506, 508, 511, 515, 855, 910, 911, 912, 1 116). В законодательстве и в правоприменительной практике помимо термина «обещание» используются слова синонимичного ряда: «гарантирую», «заверяю», «обязуюсь» и др. Обещание может вытекать также из общего смысла фразы, например, «нашедшему вещь будет выплачено вознаграждение».

Возникает вопрос: «спрятано» ли это понятие в Общей части путем поглощения более широкими понятиями или же Общая часть ГК в этом отношении содержит пробел?

Обещание представляет собой конкретный способ прямого волеизъявления. Но одновременно оно является основанием возникновения обязательства. Как конкретный способ волеизъявления обещание не нуждается в специальном включении в текст ГК, поскольку не вносит каких-либо особенностей в понятие прямого волеизъявления и формы сделки. Как основание возникновения обязательства (ст. 7 ГК) оно охватывается сделками (например, публичное обещание награды, обещание дарения) либо иными действиями граждан и юридических лиц (например, при возникновении так называемых натуральных обязательств, которые не защищаются в судебном порядке, но их исполнение не считается неправомерным — обещании уплаты проигрыша по пари, в азартной игре).

Обещания могут подчиняться либо исключительно правилам нравственности, либо находиться в области права. Уже на уровне обыденного сознания различаются обещания чисто морального свойства и делового характера, позволяющие получившему обещание строить на нем серьезные расчеты. Последние могут иметь гражданско-правовое значение.

Моральный аспект обещания может быть сильнее юридического. Президент государства, публично обещающий сделать подарок отдельному лицу или коллективу, юридически не может быть побужден к совершению дара, ибо не были выполнены требования закона, предъявляемые к обещанию дарения, однако сила такого обещания не менее, а более существенна, чем сила юридически значимого обещания. Моральный аспект усиливает мотивационную сторону исполнения юридической обязанности.

Понятию обещания в гражданско-правовом смысле свойственны

определенные признаки, отсутствие хотя бы одного из которых лишает обещание гражданско-правового значения. Первый признак — инициативный характер обещания. Непосредственным импульсом обещания являются внутренние мотивы обещающего, а не реакция на действия других лиц. Не имеет значения обещания ответ «обещаю» на вопрос «обещаешь ли ты сделать это?». Это — согласие, а не обещание. Второй признак — направленность на будущую реализацию содержащихся в обещании условий. Третий — закрепленность обязательного значения обещания в законодательстве или сделке.

Отдельные черты перечисленных признаков мы более подробно рассмотрим ниже.

Итак, обещание в качестве гражданско-правового феномена представляет собой инициативное намерение лица совершить в будущем определенные действия или воздержаться от их совершения в пользу или в интересах других лиц, обязывающая сила которого обеспечивается законодательством или сделкой. Данное определение относится к постсоветскому праву. Нельзя вывести общие правила, равно пригодные для разных стран и народов, по поводу обязывающего значения обещания. Многое зависит от национальных и исторических традиций общества. Так, Л. И. Петражицкий замечает, что по духу подлинной христианской этики, коренным образом отличной от библейской этики, люди обязаны по отношению к ближним к весьма многому и даже трудно исполнимому, но притязаний на исполнение этого со стороны ближних нет и не должно быть[1]. Иначе говоря, при наличии внутренней, даже весьма жесткой, обязанности, обязанности "перед самим собой" сделать что-либо для других лиц, может отсутствовать соответствующая обязанность перед этими самыми лицами.

Логичное для постсоветского права признание обязывающей силы обещания лишь в случаях, предусмотренных законодательством или сделкой, совершенно не пригодно для американского права.

В американской правовой системе в самом первом приближении обещанию придается значение основания возникновения обязательства, если обещание создало у другого лица разумный расчет, разумную надежду на его исполнение, и обнадеженное таким образом лицо предприняло соответствующие действия, вызванные обещанием. Американ-

---

[1] См.: *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Спб., 2000.— С. 64.

ское договорное право рассматривает обмен ценностями, передаваемыми одной стороной другой стороне, как основной элемент формирования действительного договора. Но из этого правила имеются исключения, одним из которых является концепция "существенного обещания" и "существенной надежды" на данное обещание. "Существенное обещание" и "существенная надежда" являются допустимой заменой «встречного удовлетворения» (consideration), требуемого для формирования юридически действительного и защищаемого законом договора. Преобладающая точка зрения сводится к тому, что контракт может быть заключен без обмена условленных «ценностей», а посредством «обещания» (promissory estoppel), если факты указывают, что обещавшей стороне следует выполнить свое обещание или, иными словами, такую сторону следует остановить (be estopped) от невыполнения обещанного. Обещание имеет юридическую силу и подлежит исполнению в той мере, в какой это необходимо для предотвращения несправедливости, при условии:

а) что обещающая сторона может разумно ожидать, что своим обещанием она побуждает или способна побудить действие или бездействие стороны, которой было обещано;

б) такое обещание определенно и существенно;

в) имело место действие или бездействие стороны, полагающейся на обещание.

В американской литературе в популярных объяснениях значения концепции надежды на обещанное используются примеры следующего рода. Предположим, что богатая тетя Алиса любит ваших детей. Ранее она несколько раз просила вас купить им дорогие подарки и покрывала ваши расходы по покупке подарков. Этим летом она сказала вам, что хотела бы, чтобы вы построили плавательный бассейн для детей и послали ей счет за строительство бассейна. Вы осуществили строительство, но настроение тети Алисы изменилось, и она отказалась платить за бассейн. Вы действовали к собственному ущербу в разумной надежде на ее обещание взять на себя обязанность по оплате строительства бассейна, который бы вы сами не стали строить. Тетя Алиса должна будет заплатить, если вы докажете, что она убедила вас построить бассейн, особенно если эта ваша надежда согласовывалась со многими предыдущими подарками. Помните, однако, что вам все же придется и дальше жить с тетей Алисой.

Джон сказал Дорис, что он заплатит ей три тысячи долларов за

присмотр за детьми в течение лета. Дорис отказалась от менее выгодных предложений о летней работе, отдав предпочтение предложению Джона. Но в последнюю минуту Джон взял студента по обмену, который эту работу выполнит бесплатно. Дорис может получить от Джона убытки от потери заработка, которые она потерпела, полагаясь на его обещание. Но если Джон сказал Дорис, что он заплатит ей три тысячи долларов за уход за детьми в течение лета и Дорис потеряла медицинскую страховку, потому что она посчитала, что Джон оплатит страховку, ее предположение не основано на обещании, сделанном Джоном. Поэтому Дорис не может получить от Джона убытки за увеличение медицинских расходов из-за отсутствия медицинской страховки.

Таким образом, обещанию в американском праве отводится более заметная роль в возникновении обязательства, ибо оно может являться основанием возникновения обязательства в большинстве видов договоров без специальной оговорки об этом, в то время как постсоветское право знает обещание в качестве основания возникновения обязательства только в случаях, прямо предусмотренных законодательством или сделкой.

Приходится признать, что придание или непридание нашим законодателем обязывающего значения обещанию носит не концептуальный, достаточно произвольный характер в отличие от американского права, где роль обещания основана на упоминавшейся концепции promissory estoppel — запрета отказа от исполнения обещания.

В отдельных случаях можно найти основания для необходимости различного подхода законодателя к регулированию внешне сходных ситуаций. Есть ли, например, основания для разного регулирования таких отношений, когда, в одном случае, лицо обещает подарить близкому человеку в качестве помощи, скажем, три тысячи долларов, если последний откроет определенный бизнес, и когда, в другом случае, этим же лицом обещано другому одолжить такую же сумму при том же самом условии?

Заем, наряду с куплей-продажей, занимает заметный удельный вес в реальной сфере имущественных отношений. Дарение — менее заметная и не столь важная область таких отношений. Поэтому заем требует более формального отношения к внешнему проявлению воли и согласования воль. По своей сущности отношения по займу должны быть более формализованы, и до того, как этот процесс будет завершен, займодавцу разумно дать возможность отказаться от обещания. Четкое

обещание дара представляет собой решение дарителя, а обещание займа — приближение к решению со стороны займодавца, и именно в силу этого обстоятельства обещание дарения допустимо закрепить в законодательстве в качестве консенсуального договора, в то время как договор займа в принципе должен относиться к разряду реальных договоров.

Практические последствия правильного понимания значения обещания по казахстанскому праву можно проиллюстрировать примером из судебной практики.

Алматинский городской суд рассмотрел дело по иску Гороховой в интересах несовершеннолетней дочери к Бричкину о взыскании денежной компенсации в возмещение морального вреда.

Свои требования о взыскании денежной компенсации в сумме 500 тыс. тенге в возмещение морального вреда, причиненного ее дочери, истица обосновала тем, что в зарегистрированном браке с ответчиком она состояла с 1998 г.; до этого 6 лет они с ответчиком проживали в гражданском браке. От первого брака истица имеет дочь — Екатерину, которая постоянно проживала вместе с ними. С августа 1998 г. ответчик стал принимать меры к удочерению ребенка; по его настоянию родной отец девочки отказался от родительских прав; его отказ был нотариально удостоверен; ответчик неоднократно говорил девочке, что будет ее отцом; объявлял об этом за праздничным столом всем гостям. Однако никаких дальнейших мер к удочерению девочки ответчик принимать не стал, а в конце 1999 г. скрытно от истицы и дочери собрал вещи и выехал из квартиры. В дальнейшем ответчик подал в суд иск о разводе.

Истица считает, что нарушением своих обещаний по удочерению ответчик нанес ребенку психическую травму, поэтому она просит возместить причиненный девочке ответчиком моральный вред путем взыскания с него денежной компенсации в 500 тыс. тенге.

Решением Бостандыкского районного суда г. Алматы требования истицы были удовлетворены: с ответчика в пользу Гороховой было взыскано 500 тыс. тенге в возмещение морального вреда.

С данным решением районного суда не согласился ответчик Бричкин, который в своей кассационной жалобе просит решение отменить, считая его незаконным и необоснованным, а выводы суда — не соответствующими фактическим обстоятельствам дела.

Судебная коллегия пришла к выводу о необходимости изменения

решения районного суда в части размера денежной компенсации морального вреда. Судебная коллегия отметила, что материалами дела достоверно установлено, что ответчиком в период совместного проживания с истицей принимались действия по созданию у окружающих его людей, в том числе у несовершеннолетней дочери истицы Екатерины, мнения о возможности удочерения им девочки; он говорил об этом за праздничным столом (что подтверждено свидетельскими показаниями), водил девочку в школу, делал с нею уроки, занимался ее воспитанием; на протяжении длительного периода времени им не предпринималось никаких мер к опровержению этого мнения, к разъяснению сложившейся ситуации: ответчик не противился тому, чтобы девочка называла его отцом, не пытался ей объяснить, что она заблуждается, более того, он всячески поощрял ее желание видеть его своим отцом. Так как это продолжалось несколько лет, то у девочки сложилось устойчивое мнение, что у нее есть отец — Бричкин, потому его уход из дома, развод с истицей и нежелание разъяснить девочке сложившуюся обстановку вызвали у несовершеннолетнего ребенка с еще не сложившимся характером нервный стресс, выразившийся в чувстве отчаяния, унижения. В связи с этим суд первой инстанции обоснованно пришел к выводу о необходимости возмещения ответчиком морального вреда, причиненного несовершеннолетнему ребенку, денежной компенсацией.

В то же время, в соответствии со ст. 952 ГК при определении размера морального вреда суд должен учитывать как субъективную оценку потерпевшим тяжести причиненного ему нравственного ущерба, так и объективные данные, свидетельствующие о степени нравственных и физических страданий, жизненная важность блага, бывшего объектом посягательства, тяжесть последствия правонарушения, жизненные условия потерпевшего, иные, заслуживающие внимания обстоятельства. В данном случае суду следовало учесть, что большая часть вины за причинение ребенку морального вреда лежит на истице — матери девочки, которая также не препятствовала и даже способствовала созданию у дочери мнения об ответчике как о ее будущем отце (сама просила бывшего мужа об отказе от отцовства).

На основании изложенного коллегия посчитала необходимым изменить решение суда первой инстанции и уменьшила сумму денежной компенсации в пользу истицы до 50 тыс. тенге.

Изложенный спор вызывает несколько теоретических вопросов. Взыскивается ли моральный ущерб при нарушении норм семейного

права? Является ли невыполнение обещания удочерить ребенка основанием для взыскания морального ущерба? От ответа на эти вопросы зависят ответы на такие практические вопросы, как возможность ответственности за нарушение обещания жениться или выйти замуж, за моральные страдания, причиненные разводом, и подобные. Семейное законодательство не решает этих вопросов. Однако п. 3 ст. 1 ГК допускает возможность применения гражданского законодательства к семейным отношениям, когда эти отношения не регулируются семейным законодательством. Об этом же говорит нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан № 3 от 21 июня 2001 г. «О применении судами законодательства о возмещении морального вреда», в котором указано, что предусмотренные ГК способы защиты личных неимущественных прав могут применяться судом и в тех случаях, когда защита таких прав специально не закрепляется в законодательных актах о труде, о браке и семье, об использовании природных ресурсов и охране окружающей среды и в других законодательных актах. Поэтому в принципе сама постановка перечисленных вопросов правомерна. Каковы же должны быть ответы по существу зависит от гражданско-правовых правил. Нормы гражданского права не позволяют трактовать моральный вред сам по себе как противоправное действие в отличие от вреда, причиненного здоровью. Страдания, переживания, внутренний дискомфорт и пр., все то, что входит в содержание понятия морального вреда, носят в значительной мере субъективный характер, в то время как вред, причиненный здоровью, поддается объективной оценке и измерению. Поэтому при установлении ответственности за моральный вред акцент должен быть смещен с вопроса, какой имущественный вред причинен, на вопрос, по какой причине возник неимущественный вред. В связи со сказанным отпадает возможность возложения ответственности за сам факт детских переживаний. Следовательно, ответственность ответчика возможна лишь при наличии его противоправных действий, вызвавших эти переживания. В приведенном споре это либо нарушение прав ребенка, либо нарушение обещания удочерить. У ребенка нет права требовать удочерения, так же как у ответчика нет обязанности по удочерению, поэтому данное основание возложения ответственности отпадает. Обещание удочерить, как мы показывали выше, порождает обязанность только в случаях, предусмотренных законодательством или сделкой. Ответственности за неисполнение обещания удочерить (или возникновение обязательства из обещания удочерить) законодательством

не предусмотрено, следовательно, юридических обязанностей или ответственности ответчик по данному делу нести не должен.

Обещания можно подразделить на такие, осуществление которых способно находиться в зависимости от каких-либо условий, и такие, юридическая сила которых не может быть обусловлена каким бы то ни было обстоятельством. Так, обещание дарения в качестве договора может быть поставлено в зависимость от некоторого условия, в то время как простой вексель должен содержать ничем не обусловленное обещание уплатить определенную сумму денег, иначе соответствующий документ не становится векселем (ст. 74 Закона РК от 28 апреля 1997 г. «О вексельном обращении в Республике Казахстан»).

Обещание связано с рядом других гражданско-правовых понятий и явлений.

Обещание и оферта. Обещание шире понятия оферты, ибо может выступать односторонней сделкой, в то время как оферта относится только к области договоров.

Оферта, представляя собой предложение заключить договор на определенных условиях, одновременно является обещанием заключить договор на предложенных условиях, и в этом смысле оферта совпадает с обещаниями, в ней содержащимися, которые имеют такое же обязывающее значение, как оферта. Оферта должна содержать существенные условия договора, но может включать и любые другие условия. Порой эти дополнительные условия нелегко отграничить от различного рода обещаний оферента, которые сопровождают оферту, но к ее содержанию не относятся. В договоре купли-продажи продавец, предлагая товар покупателю, может определить предмет договора, назвать цену товара и срок его передачи, а также сопроводить эти условия обещанием существования определенных свойств товара или, напротив, отсутствие их в течение определенного времени (построенный дом будет теплым, отремонтированный прибор будет работать, как часы, проданный станок во время включения не будет издавать сильного шума и пр.). В последнем случае может возникнуть вопрос о включенности обещаний в содержание оферты.

Еще древнеримские юристы обратили внимание на различие в ответственности продавца за обещания разных видов. В Дигестах Юстиниана сказано: «Все, что при продаже товара говорится для расхваливания товара, не обязывает продавца, если это ясно видно, например, если продавец говорит, что раб красив, дом хорошо выстроен; но если

он говорит, что человек (раб) является образованным или искусным мастером, то он должен за это отвечать: ибо в силу этого он продает за большую цену. Не обязывают продавца такие обещания, если вещь находится тут же, так что покупатель не может остаться в неведении, например, если кто-либо покупает человека (раба) с выколотыми глазами и спрашивает продавца путем стипуляции о здоровье этого человека; ибо стипуляция рассматривается относящейся скорее к другим частям тела человека, чем к той, относительно которой он (покупатель) обманулся»[1].

Не следует, думается, считать составной частью оферты такие обещания, в которых не усматривается прямо выраженного желания сделать конкретное обещание условием договора и нести за него ответственность.

Таким образом, обещания оферента — понятие более широкое, чем содержание оферты.

Обещания — неотъемлемая часть процесса преддоговорных контактов в форме переговоров, переписки. Каково правовое значение обещаний, даваемых сторонами во время таких переговоров и переписки?

Ст. 392 ГК, посвященная толкованию договора, придает переговорам и переписке, которые предшествовали договору, значение обстоятельств, позволяющих установить общую волю контрагентов.

М. И. Брагинский и В. В. Витрянский совершенно обоснованно рассматривают переписку и переговоры как имеющие доказательственное, а не правообразующее значение[2]. Может быть, есть смысл уточнить этот взгляд: если переписка и переговоры приобрели качество предварительного договора (ст. 390 ГК), то они имеют правообразующее значение.

По-иному следует смотреть на обещания, часто именуемые гарантированиями, заверениями (что свойственно договорам с иностранным участием), которые включены в текст договора. Так, залогодатель иногда заверяет: что он имеет полное право распоряжаться заложенным имуществом; заложенное имущество относится к числу движимого; он получит все требуемые для оформления залога согласования и разрешения; имущество свободно от каких бы то ни было обременений; каж-

[1] Дигесты Юстиниана.— М.: Наука, 1984.— С. 293.

[2] См.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Кн. 1. Общие положения.— М.: Статут, 1999.— С. 194–195.

дый из предметов заложенного имущества находится в исправном состоянии; перечень предметов заложенного имущества является точным и полным. Подобного рода заявления и заверения, если они обращены в будущее, представляют разновидность обещаний, и обычно имеют значение одного из доказательств, подтверждающих существование тех или иных фактов при возникновении спора. Если заявления и заверения относятся к уже существующим фактам и обстоятельствам, то они представляют собой не обещание, а условие договора-правоотношения.

Все же многое может зависеть от контекста: заверение, даваемое одной из сторон договора, может иметь смысл обязательства — взять через какой-то промежуток времени на себя обязанности, например, получить разрешение, которое в силу, к примеру, диспозитивности правовой нормы, может получить в зависимости от соглашения как та, так и другая сторона — тогда эта обязанность становится условием договора; заверение может подтверждать, что для выполнения какой-либо обязанности будут предприняты определенные действия — тогда невыполнение этих действий будет характеризовать вину в неисполнении этой обязанности.

Обещание дарения. Ст. 506 ГК предусматривает, что обещание безвозмездно передать кому-либо вещь или имущественное право либо освободить кого-либо от имущественной обязанности (обещание дарения) признается договором дарения и связывает обещавшего, если обещание сделано в надлежащей форме (п.2 ст.508) и содержит ясно выраженное намерение совершить в будущем безвозмездную передачу вещи или права конкретному лицу либо освободить его от имущественной обязанности.

Обещание подарить все свое имущество или часть всего своего имущества без указания на конкретный предмет дарения в виде вещи, права или освобождения от обязанности недействительно.

Обещание дарения, на первый взгляд, представляет собой одностороннюю сделку, подобную публичному обещанию награды. Однако законодательная конструкция обещания дарения при наличии определенных условий, названных в п. 2 ст. 506 ГК, исходит из признания за таким обещанием значения договора. Отсутствие соответствующих условий лишает такое обещание, как мы полагаем, какого бы то ни было правового значения.

Таким образом, обещание дарения законодательно перемещено из нравственной плоскости в область правовой действительности.

Поскольку обещание предоставления одним лицом имущественных благ другому лицу нередко сопровождается оговоркой о выполнении последним определенных условий, как зависящих от воли одаряемого («если получишь аттестат с отличием», «если выйдешь замуж» и т. д.), так и лежащих за пределами его воли («если я заключу определенную сделку, то подарю тебе деньги на турпоездку»), то возникает вопрос о возможности отнесения подобных обещаний к договору дарения.

М. И. Брагинский и В. В. Витрянский, рассматривая взгляды современных авторов по данному вопросу, приходят к выводу о допустимости заключения договора дарения под отлагательным условием (т. е. о возникновении обязанности передать дар при наступлении условия) и невозможности его заключения под отменительным условием, когда стороны ставят прекращение обязательств дарителя после передачи дара в зависимость от какого-либо условия. Однако отказ от передачи дара по причине наступления условия возможен[1].

В качестве условия исполнения обещания предоставить дар не может выступать предоставление вещи или права либо встречное обязательство. А. Л. Маковский полагает, и с ним солидарны М. И. Брагинский и В. В. Витрянский, что встречное предоставление следует понимать как предоставление, которое причинно обусловлено дарением или его обещанием, и такое предоставление может иметь место не только по одному и тому же договору, а по разным договорам и с разными субъектами[2]. Такой подход не вытекает из содержания ч. 2 п. 1 ст. 575 ГК РФ (текстуально совпадающей с ч.2 п. 1 ст. 506 ГК РК). Норма названных статей ГК предусматривает применение нормы о притворной сделке, если имели место встречная передача вещи или права либо встречное обязательство. Представим, что одно ТОО обещает подарить другому партию компьютеров[3]. Получив такое обещание, одаряемый в качестве благодарности оплачивает долг дарителя третьему лицу. Является ли в

---

[1] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Кн. 2. Договоры о передаче имущества.— М.: Статут, 2000.— С. 350, 352.

[2] См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 2. / Под ред. О. М. Козырь, А. Л. Маковского, С. А. Хохлова.— М., 1996.— С. 305; *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Кн. 2. Договоры о передаче имущества.— С. 332–333.

[3] По законодательству Казахстана дарение между коммерческими организациями в отличие от России не запрещается.

этом случае договор дарения притворной сделкой? Скорее всего, нет, хотя причинная обусловленность дарением второй сделки налицо. Иное дело, когда с причинной обусловленностью будет соединена субъективная сторона — намерение дарителя предоставить дар лишь при получении выгод, вытекающих из дара, в приведенном примере — дар передается с выраженным желанием того, чтобы одаряемый погасил долг дарителя. Здесь дарение будет носить характер притворной сделки.

Рассмотрим другой случай. Муж обещает сделать жене подарок в виде дачи. Узнав о таком обещании, отец жены, в свою очередь, дает зятю обещание подарить ему автомашину, если тот выполнит свое обещание о подарке дачи.

Думается, что здесь нет встречного обязательства или встречной передачи вещи, ибо тесть взамен своего подарка ничего не получает, равно как и не освобождается от какой-либо своей обязанности. Налицо два самостоятельных договора дарения, но исполнение одного из них является условием исполнения другого.

Субъектами юридически значимого обещания дара не могут быть определенные лица: законные представители малолетних и недееспособных граждан, действующие от имени последних; юридические лица, имущество которых принадлежит им на праве хозяйственного ведения или оперативного управления, без согласия собственника (ст. 509, 510 ГК). В казахстанском законодательстве, как мы отмечали выше, нет запрета дарения между коммерческими организациями.

Обещание награды. В силу ст. 911 ГК любое лицо, пообещавшее (в статье ГК используется слово «объявившее» — *А. Д.*) публично выплатить вознаграждение в денежной или иной форме за лучшее выполнение работы или достижение иных результатов, должно исполнить обязательство перед лицом, которое в соответствии с условиями конкурса признано его победителем.

Публичное обещание вознаграждения обязательно должно содержать условия, предусматривающие существо задания, критерии и порядок представления результатов, размер и форму вознаграждения, а также порядок и сроки объявления результатов.

Решение о выплате вознаграждения и сама его выплата должны быть приняты и реализованы в установленные обещанием сроки.

Если конкурс объявлен на создание произведения науки, литературы или искусства, лицо, давшее публичное обещание, приобретает преимущественное право на заключение с создателем произведения дого-

вора на его использование с выплатой гонорара, если иное не установлено публичным обещанием вознаграждения.

Лицо, давшее публичное обещание о вознаграждении, обязано возвратить работы, не удостоенные вознаграждения, их создателям, если иное не было предусмотрено условиями конкурса.

О. С. Иоффе об обязывающей силе обещания награды писал так: «Нельзя забывать и о том, что публичное обещание награды как таковое ни к чему не управомочивает тех, к кому оно обращено. Давший его связан в том смысле, что, если кто-нибудь достигнет обусловленного результата, ему должно быть выдано обещанное вознаграждение. Но подобная обязанность и соответствующее ей право конкретного лица возникают лишь по достижении результата. Именно в этот момент и появляется обязательство со свойственными ему признаками: конкретным составом участников, обладающих определенными правами и обязанностями»[1]. Этот взгляд стал общепринятым в науке, он почти дословно повторен в учебнике «Гражданское право» под редакцией Ю. К. Толстого и А. П. Сергеева [2].

Юридическая обязательность обещания награды зависит от одновременного наличия нескольких условий: обещание должно быть публичным, т. е. обращенным к неопределенному кругу лиц; обещанное вознаграждение должно быть имущественным; в обещании содержится указание на результат, который должен быть достигнут[3].

Рекламные обещания. В Казахстане закон о рекламе не принят. В других государствах СНГ такой закон существует. Можно не сомневаться, что когда подобный закон будет принят в Казахстане, он повторит существенные черты аналогичных законов других государств, поскольку последние построены на общих принципах, учитывающих мировой опыт рекламной деятельности, в том числе рекламных обещаний.

Законодательство стран СНГ о рекламе регламентирует, кто может давать рекламные обещания и заявления, какого рода обещания и заявления делаться не могут, какова ответственность за недостоверные сведения и невыполненные обещания. Правда, законодательство специаль-

---

[1] *Иоффе О. С.* Обязательственное право.— М.: Юрид. лит., 1975.— С. 782.

[2] См.: Гражданское право: Учеб.: В 3 ч./Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева.— М., 1996. Ч. 2. С. 678–679.

[3] См.: Гражданское право: Учеб. / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. Ч. 2.— С. 678.

но не выделяет понятия «рекламное обещание», используя более широкие понятия «реклама» и «рекламная деятельность». Реклама обычно определяется в законодательстве как информация о физических и юридических лицах, товарах, идеях и т. п., направленная на формирование и поддержание интереса к ним и способствующая реализации товаров, идей, начинаний. Но, по нашему мнению, не любую информацию можно рассматривать в качестве юридически значимого обещания. К таковой следует отнести лишь такую информацию, в которой содержится ясно выраженная готовность рекламодателя принять на себя юридическую ответственность за определенные утверждения.

В Законе РФ от 18 июля 1995 г. «О рекламе» и в аналогичном Законе Азербайджанской Республики от 3 октября 1997 г. выделяются нормы о недостоверной рекламе, неэтичной рекламе и заведомо ложной рекламе. Закон Республики Беларусь от 18 февраля 1997 г. «О рекламе» не содержит нормы о заведомо ложной рекламе.

Если сравнить нормы названных законов о недостоверной рекламе, в которых содержится больше всего конкретики по поводу содержащихся в рекламе не соответствующих действительности обещаний, то прежде всего обращает на себя внимание сходство построения норм: в них содержится исчерпывающий перечень фактов и обстоятельств, относимых к недостоверной рекламе. Однако упомянутые перечни совпадают не полностью. Например, в белорусском Законе отсутствует указание на недопустимость использования в рекламе терминов в превосходной степени: «самый», «только», «лучший», «единственный» (если их нельзя подтвердить документально) и т. п., что прямо запрещается в российском и азербайджанском законах. В азербайджанском Законе не допускается называть в рекламе срок годности, срок службы и гарантийных обязательств, чего нет в других законах; в белорусском Законе не упоминаются, в отличие от азербайджанского и российского законов, сведения о цене товара на момент распространения рекламы, исключительных правах на результаты интеллектуальной деятельности и др.

Из сказанного можно сделать вывод, что не всякие обещания, не соответствующие действительности, относятся к недостоверной, т. е. запрещенной рекламе.

Понятно желание рекламодателей минимизировать свою ответственность, и этому желанию соответствует исчерпывающий перечень запретов. Но балансу интересов рекламодателей и потребителей боль-

ше отвечает примерный перечень запретов с максимально определенным общим принципом, на котором строится запрет. Мы бы в качестве такого общезапрещающего принципа предложили запрет недостоверной информации или обещаний, сделанных с ясным намерением взять на себя юридическую ответственность за такую информацию или обещания. В этом случае, при ложном обещании, скажем, в российской рекламе, того, что товар будет безупречно служить в течение пяти лет, ответственность рекламодателя за недостоверную рекламу по-прежнему не будет наступать, поскольку в перечне запретов это обстоятельство не называется, но интересы потребителя будут защищены хотя бы тогда, когда обещание безупречной службы товара в течение пяти лет будет сопровождено оговоркой, что «мы гарантируем», «мы берем на себя ответственность» за это обещание, ибо при формулировке нормы о недостоверной рекламе по методу ответственности за исчерпывающий перечень недопустимых действий, ответственность рекламодателя исключается и при первом варианте и при втором.

Могут быть запрещены не только недостоверные и ложные обещания, но и правдивые обещания: о пользе алкоголя при определенных условиях, некоторые обещания, обращенные к несовершеннолетним.

Рекламное обещание, как правило, само по себе не создает обязательства. Нужен дополнительный факт причинения вреда нарушением этого обещания. Из этого правила возможны исключения. Закон Азербайджанской Республики «О рекламе» посвящает специальную статью о последствиях публичного предложения о заключении договора в рекламе. В соответствии с этой статьей (ст. 29) последствия признания рекламы как приглашения к проведению оферты либо рекламы как публичной оферты (публичного предложения в рекламе на заключение договора) определяются в соответствии с гражданским законодательством. Рекламодатель обязан указать срок действия как рекламы, выступающей в качестве приглашения делать оферты, если в рекламе сообщается как минимум об одном из существенных условий, так и рекламы, выступающей в качестве публичной оферты. Если рекламодатель уклоняется от заключения договора после получения в установленном порядке акцепта лица, которому адресована публичная оферта, это лицо вправе обратиться в суд с требованием возмещения убытков, причиненных необоснованным отказом рекламодателя от заключения договора. В этом случае обещание в рекламе напрямую создает обязательство.

ТЕМА: ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО, КАК ОТРАСЛЬ ПРАВА

Ю. Басин

ПРИНЦИПЫ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Принципами того или иного законодательства или законодательного института являются его основные положения, основные начала, служащие фундаментом всей его системы. Такие положения вытекают из концепции законодательного акта и нередко формулируются его текстом. Хотя такие формулировки носят весьма абстрактный характер, но имеют вполне конкретную практическую направленность.

Нередко, во-первых, они являются нормами прямого действия. Во-вторых, учитываются при разработке новых либо изменении старых законодательных документов. В-третьих, на принципы законодательства следует ориентироваться при необходимости применении аналогии права, в-четвертых, такие принципы должны приниматься во внимание при толковании, т.е. выяснении подлинного содержания нормы права либо должного содержания условий договора (см., например, ст. 6, 392 ГК). В-пятых, опираясь на принципы законодательства, можно найти путь к преодолению противоречий между юридическими нормами, если таковые обнаруживаются.

Правовая наука уделяла в прошлом немало внимания принципам права, отдельных отраслей и институтов, но накопленный немалый опыт в этой области мало применим в современных условиях, поскольку отражает основные положения ранее действовавших экономической и политической систем. Так, среди принципов советского гражданского права выделялись такие из них, как верховенство государственной собственности перед всеми ее негосударственными видами и формами, обязательность подчинения спускаемому сверху плановому заданию при заключении, толковании и исполнении гражданско-правового договора, недопустимость конкуренции в экономических отношениях и т.п. Все эти принципы отражали централизованную, командно-приказную систему регулирования экономикой и ушли в прошлое вместе с этой системой.

Сегодня следует изучать и применять новые принципы гражданского права (гражданского законодательства), отвечающие условиям сложившейся и развивающейся рыночной экономики с теми ее особенностями, какие складываются в Республике Казахстан.

Поскольку принципы права (принципы гражданского права) во многом строятся на теоретической, научной основе, некоторые из них по-разному формулируются учеными[1].

Прежде всего, попытаемся их выделить в общей массе законодательных положений.

Как нам представляется, можно назвать такие принципы гражданского законодательства:

а) равенство субъектов гражданско-правовых отношений;

б) неприкосновенность собственности;

в) свобода гражданско-правового договора;

г) защита предпринимателей и потребителей как основных субъектов гражданско-правовых отношений;

д) невмешательство государства и всех третьих лиц в частные дела и личную жизнь;

е) защищенность гражданских прав.

Этим принципам соответствуют (должны соответствовать) все гражданско-правовые нормативные акты, прежде всего — Гражданский кодекс Республики Казахстан. Перечисление большинства из них содержится в ст. 2 ГК, которая так и называется «Основные начала гражданского законодательства». Все эти принципы неразрывно связаны между собой, дополняют друг друга и составляют единую органическую систему.

Названные принципы гражданского права характеризуют его как частное право, которое еще со времени римского права противопоставлялось праву публичному, строящемуся на принципах: строгое и безусловное подчинение негосударственных участников публичных правоотношений законным требованиям государственных органов — субъектов таких правоотношений, издание государством обязательных нор-

[1] См., напр., Гражданское право. Т. 1.— М.: БЕК., 1998.— С. 37–43; Гражданское право. Т. 1.— М.: Проспект.— С. 16–22; Гражданское право России. Курс лекций.— М.: Юрист., 2001.— С. 28–31; Гражданское право. Ч. 1.— М.: НОРМА-ИНФРА, 1998.— С. 12–15; Гражданское право. Ч.1.— Минск, 2000.— С. 28–34; Гражданское право Республики Казахстан. Т. 1.— Алматы, 1998.— С. 15–25; Гражданское право. Ч. 1.— Алматы, 2000.— С. 21–29.

мативных и индивидуальных актов, получение для совершения многих действий государственных разрешений и т.п. Именно принципы гражданского законодательства специально выделены Концепцией правовой политики Республики Казахстан, одобренной Указом Президента Республики Казахстан 20 сентября 2002 г. в качестве показателя глобального разделения правовой системы государства на публичное и частное право[1].

Попытаемся кратко охарактеризовать каждый из названных принципов гражданского права.

Равенство субъектов гражданско-правовых отношений. Такое равенство обусловлено общеметодологической предпосылкой: субъектами гражданских правоотношений являются неподчиненные друг другу субъекты, которые законом признаются равными и в приобретении, и в осуществлении, и в защите гражданских прав, равными в обязанностях и ответственности за их нарушение. Никто из субъектов гражданского права не вправе приказывать друг другу, и потому в основе их отношений лежит взаимное соглашение, о чем будет сказано ниже.

Более конкретно равенство субъектов означает:

а) государство или его административно-территориальные единицы, вступая в гражданские правоотношения, не имеют каких-либо преимуществ либо привилегий перед своими гражданско-правовыми партнерами — гражданином или юридическим лицом;

б) юридические лица в любой их организационной форме приравниваются в качестве субъектов гражданских правоотношений к физическим лицам;

в) иностранные граждане и иностранные юридические лица приобретают такие же гражданские права и обязанности и в таком же порядке, что и казахстанские граждане и юридические лица.

Некоторые исключения из такого равенства возможны лишь в силу прямых предписаний законодательных актов (см., например, Указ Президента Республики Казахстан, имеющего силу Закона, «О правовом положении иностранных граждан в Республике Казахстан», от 19 июня 1995 г.).

Неприкосновенность собственности. Важность данного принципа вытекает из того, что собственность является фундаментом всей экономической системы страны. Данный принцип подчеркивает отказ

[1] См. «Казахстанская правда». 3 октября 2002.

от прежних установлений, позволявших государству вмешиваться во все отношения, связанные с негосударственной собственностью. Поэтому принцип неприкосновенности нашел закрепление и в Конституции Республики Казахстан (ст. 6, 26).

Неприкосновенность собственности означает прежде всего признание за собственником возможности использовать свое имущество по личному свободному усмотрению для достижения любой не запрещенной законом цели (см. ст. 188 ГК). Это также означает недопустимость ее принудительного прекращения независимо от того, выплачивается или не выплачивается собственнику какая-либо компенсация. Должно действовать непременное правило: принудительное прекращение собственности допустимо лишь при наличии на это оснований, непосредственно предусмотренных законом (см., например, ст. 249 ГК). Недостаточно поэтому ссылаться на то, что прекращение права собственности допустимо лишь по решению суда. Само решение должно опираться на точное законное основание.

Возможности собственника, конечно, не беспредельны, но пределы четко очерчиваются законом: законодательные запреты (например, при использовании собственного оружия либо опасных веществ), недопустимость использования собственности, ведущие к нарушению прав и законных интересов других лиц.

Помимо права собственности гражданское законодательство предусматривает некоторые другие вещные права, позволяющие их обладателю непосредственно использовать предоставленное им имущество в своих интересах: право землепользования (см. Закон Республики Казахстан «О земле» от 24 января 2001 г.), право хозяйственного ведения (ст. 196–201 ГК), право оперативного управления (ст. 202–228 ГК). Такие права в отличие от права собственности всегда производны, над обладателями подобных вещных прав стоит собственник имущества. Границы правомочий таких вещных прав устанавливаются не только законодательством, но и волей собственника.

Одним из важнейших принципов гражданского законодательства является ***принцип свободы договора*** (см. также ст. 380 ГК). Это означает, что любое лицо по своему усмотрению и без принуждения извне вправе решать:

а) вступать или не вступать ему в тот или иной договор;

б) избирать партнера, с которым оно желает заключить договор;

в) определять условия договора.

При этом, конечно, следует учитывать, что и договорный партнер обладает такими же правами. Поэтому подлинным гражданско-правовым договором может признаваться лишь добровольное и взаимно принятое соглашение.

С принципом свободы договора нельзя смешивать ограничения, которые возложили на себя сами участники договора, вступая в него. Подобные самоограничения становятся обязательными, и односторонний отказ от них недопустим. Свобода договора, но не свобода от договора.

Продавец какого-либо товара, например, как правило, вправе самостоятельно вступать в договор с покупателем, по своей воле соглашаться или не соглашаться с условиями договора, предложенными при его заключении покупателем. Никто не вправе принудить продавца к принятию того или иного решения. Но если решение принято и продавец заключил договор на определенных условиях, то они становятся для него обязательными, и в дальнейшем он не вправе, ссылаясь на свободу договора, односторонне отказаться от его исполнения, изменять его условия и т.п. Об этом прямо говорит ст. 401 ГК.

Свобода договора имеет еще одну границу в форме законодательных запретов либо императивных предписаний правовых норм.

Если законом запрещено совершать какие-либо действия (например, продажу оружия или наркотиков), то, разумеется, такие действия нельзя включать в договор в качестве его условия, хотя бы обе стороны были на это согласны. Договоры, содержащие подобные условия, должны признаваться недействительными по ст. 158 ГК.

Известно, что некоторые нормы гражданского законодательства носят императивный характер, т.е. должны применяться в обязательном порядке. Среди них могут быть нормы, ограничивающие свободу договора для защиты более слабой стороны, ограничении монополизма, борьбы с недобросовестной конкуренцией, защиты потребителей и т.п.

Условия, предусмотренные императивными законодательными нормами для данного вида договоров, обязательно входят в содержание каждого конкретного договора данного вида, независимо от того, включили или не включили стороны эти условия в текст своего договора.

Свобода договора заключается также в возможности заключать любые по содержанию договоры, независимо от того, предусмотрены они законодательством или не предусмотрены. Возможны также договоры, содержание которых охватывает элементы нескольких договор-

ных видов (см. ст. 7, 380 ГК). Важно лишь, чтобы все условия договоров не нарушали запретов и ограничений, установленных законодательством (ст. 381).

Следующим принципом гражданского законодательства можно назвать ***недопустимость вмешательства кого-либо в частные дела и личную жизнь.*** Этот принцип распространяется на гражданские правоотношения в той мере, в какой они носят личный неимущественный характер. В ранее действовавшем Гражданском кодексе Казахской ССР он (принцип) был отражен весьма слабо и касался лишь защиты чести и достоинства, тайны личных записей, дневников и писем. В действующем ГК РК этот принцип получил дальнейшее развитие. Он был закреплен также новой Конституцией Республики Казахстан (ст. 18).

Недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, означает запрет органам власти и управления, родителям, служебным руководителям и другим лицам влиять на то, как дееспособные граждане или юридические лица распоряжаются своим имуществом, делят свою прибыль, используют доходы. Не требуется получения чьих-либо разрешений, выяснения согласия, предоставления информации, если подобного рода требования не установлены законом. Запрещено требовать предоставления сведений, составляющих личную, семейную, коммерческую тайну.

Недопустимость вмешательства кого-либо в частные дела означает также запрет на вторжение в чужую личную жизнь, личные документы и отношения. Об этом говорят многие статьи ГК, прежде всего ст. 115, 125, 144, 156 и др.

К числу принципов гражданского законодательства с полным основанием можно отнести ***защиту прав предпринимателей и потребителей.*** На первый взгляд между названными субъектами гражданских правоотношений существует полярная противоположность интересов и потому защита одних не совпадает с защитой других. Напротив одних (потребителей) нужно защищать от других (предпринимателей).

Но это — сугубо поверхностное суждение. При бесспорных отдельных расхождениях защищенность подлинных интересов и предпринимателей и потребителей ведет к одной конечной цели — развитию предпринимательства, которое не может осуществляться иначе, чем через все более полное удовлетворение интересов и нужд потребителей. А это — полное удовлетворение интересов потребителей как раз и составляет главную задачу цивилизованной экономики. Но, конечно, кон-

кретные средства непосредственной защиты интересов предпринимателей, с одной стороны, и потребителей, с другой, во многом различны.

Предприниматели нуждаются в упрощении порядка образования предпринимательских структур, свободе предпринимательской деятельности, недопустимости необоснованных проверок и ненужного государственного контроля, сохранении коммерческой тайны, справедливом налогообложении. Именно к этому направлены ст. 10 ГК, иные законы, содержащие гражданско-правовые нормы: «О защите и поддержке частного предпринимательства» от 2 июля 1992 г.; «О государственной поддержке малого предпринимательства» от 19 июня 1997 г.; «Об индивидуальном предпринимательстве» от 19 июня 1997 г.

Но свобода предпринимательства без государственного регулирования может вести к монопольному положению некоторых из предпринимателей и их объединений, к ограничению конкуренции и к другим негативным последствиям, нарушающим в итоге интересы потребителей. Поэтому законодательством, в том числе гражданским законодательством, вводятся меры, направляющие развитие предпринимателей в нужное для общества русло, даже если это ограничивает их свободу, особенно свободу, переходящую в произвол. Здесь можно назвать ст.11 ГК, Законы «О недобросовестной конкуренции» от 9 июня 1998 г., «О конкуренции и монополистической деятельности» от 19 января 2001 г. и другие акты. Закон запрещает под видом коммерческой тайны скрывать информацию по вопросам, имеющим важный публичный интерес (например, ст. 23 Закона о защите и поддержке частного предпринимательства).

Закон возлагает на предпринимателя риск убытков, могущих возникнуть в ходе предпринимательства даже без вины предпринимателя (например, п. 1 ст. 10, п. 2 ст. 359 ГК, ст. 1 Закона «О защите и поддержке частного предпринимательства»; § 2 главы 25, § 3 главы 47 Особенной части ГК).

Еще более полно гражданское законодательство защищает интересы потребителей. Здесь можно назвать множество гражданско-правовых норм, например, в Общей части ГК ст. 10, 358, 387 и 389, § 6 главы 29; § 2 главы 32 Особенной части ГК. Сохраняет полную силу Закон «О защите прав потребителей», принятый еще 5 июня 1991 г.

И если интересы потребителей очень часто грубо нарушаются, то вина тому не отсутствие законодательных средств защиты, а то, что они на практике почти не применяются.

И, наконец, среди принципов гражданского законодательства следует назвать такую необходимую черту гражданских прав как их ***защищенность.*** Право без надежной обеспеченной государственной защиты превращается в свод бездействующих декларативных предписаний и нереальных субъективных возможностей. Конституция Республики Казахстан подчеркивает право граждан на защиту своих прав (ст. 13). Поэтому Гражданский кодекс и другие акты гражданского законодательства уделяют первостепенное внимание не просто формулировке гражданско-правовых норм, но и установлению санкций за их нарушение, созданию системы мер, которые различными путями обеспечивают реализацию прав, безусловную исполнимость обязанностей. Этой задаче посвящены сотни гражданско-правовых законодательных предписаний.

Общая характеристика защиты гражданских прав как системы мер, направленных на то, чтобы обеспечить неприкосновенность права, его осуществимость, восстановление в случае нарушения и ликвидацию последствий нарушения, содержится в ст. 9 ГК. Там же указаны органы защиты — это судебные органы.

Что касается определенных законом мер защиты права, то их вполне достаточно и они весьма многообразны.

Следует отметить, что ст. 9 ГК предоставляет возможность субъекту гражданского правоотношения защищать свои права не только тогда, когда они уже нарушены, но и тогда, когда появляется угроза нарушения права или тогда, когда такое право оспаривается. То есть закон открывает возможность защиты права еще до его нарушения.

Во многом средства защиты права остались в новом ГК такими, какими они были до его принятия. Из новшеств следует отметить усиление возможностей прежде всего для граждан защищать свои права от нарушений со стороны государственных органов и должностных лиц, а также включение в средства защиты права денежного возмещения морального вреда.

ГК большое внимание уделяет материальному возмещению морального вреда, и это справедливо, ибо только таким образом можно обеспечить защиту личных неимущественных прав граждан.

Ст. 951 ГК понимает под моральным вредом нарушение, умаление или лишение личных неимущественных благ и прав физических или юридических лиц, в том числе нравственные или физические страдания (унижение, раздражение, подавленность, гнев, стыд, отчаяние, физи-

ческая боль, ущербность, дискомфортное состояние и т.п.), испытываемые (претерпеваемые, переживаемые) потерпевшим в результате совершенного против него правонарушения. Уточнение понятий морального вреда, условий и способов его возмещения содержится в постановлении Пленума Верховного суда Республики Казахстан от 22 декабря 1995 г. «О применении судами законодательства о возмещении морального вреда» и Нормативном постановлении Верховного суда Республики Казахстан от 21 июня 2001 г. такого же названия.

На практике нередки случаи, когда сам факт имущественного ущерба оценивается и как моральный, подлежащий компенсации ущерб. С таким пониманием нельзя согласиться. Страдания только от того, что гражданин понес имущественные потери, вполне компенсируются возмещением таких потерь.

Если же физические и нравственные страдания связаны с имущественными потерями, но их возмещение не восстановит прежнее физическое и моральное состояние пострадавшего, вполне возможно одновременное удовлетворение двух требований — о возмещении и имущественного, и морального ущерба.

Защищенность гражданских прав зависит не только от выработки законодательством средств защиты права, но и от условий применимости таких средств. Хотя эта проблема в большей степени охватывается процессуальным, а не материальным правом, следует подчеркнуть, что сейчас такого рода условия совершенно недостаточны. И это ведет нередко к беззащитности граждан и юридических лиц, к их неверию в то, что в суде они добьются справедливой защиты.

Законодательством (ст. 9) к органам защиты нарушенных гражданских прав отнесены также третейские суды, избираемые сторонами имущественных споров по их взаимному соглашению. Поскольку такие соглашения носят характер гражданско-правовых договоров, то добровольно не исполненные решения третейских судов должны исполняться принудительно в таком же порядке, в каком исполняются решения государственных судов. Так это делается во всем мире, и так это было в Казахстане до принятия в 1999 г. Гражданского процессуального кодекса. Однако ГПК, признавая законность обращения граждан и юридических лиц к третейским судам, никак не определил порядок исполнения их решений, что вызвало массу практических затруднений. После неоднократного обращения к этому вопросу Конституционного Совета и Пленума Верховного суда республики Казахстан он (этот воп-

рос) так и не получил надлежащего разрешения. Таковое официально откладывается до принятия специального закона о третейских судах.

Пока же участникам споров предлагается добровольно исполнять решения избранного ими третейского суда. А при отказе обязанной стороны решение принудительно не исполняется.

Таким образом, третейские суды реально вообще выведены из правовой сферы, что, конечно, явно ослабило действие принципа защищенности гражданских прав.

ТЕМА: ЗАЩИТА ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Ю. Басин, А. Диденко

ОПЕРАТИВНЫЕ САНКЦИИ КАК СРЕДСТВО ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Термин «оперативные санкции» был известен советской гражданско-правовой литературе с начала 50-х гг., но лишь к началу 80-х он приобрел значение научного понятия со своим особым содержанием. Ориентация большинства стран СНГ на формирование рыночных отношений и создание основ нового гражданского законодательства заставляют по-новому посмотреть на многие прежние научные категории и определить, насколько они соответствуют новым общественным условиям. Судя по всему, понятие оперативных санкций сохраняет свое значение, хотя изменилась его реальная наполненность. Современные учебники по гражданскому праву выделяют среди мер защиты (либо параллельно с ними) меры оперативного воздействия[1].

Проблема оперативных санкций имеет, по меньшей мере, два важных аспекта: 1) отграничение мер оперативного воздействия от иных способов борьбы с гражданскими правонарушениями; 2) оценка эффективности различных оперативных санкций.

Коренные изменения в гражданском законодательстве последних лет дают новый материал, позволяющий уяснить сущность и назначение оперативных санкций.

Термин «оперативные санкции» прочно вошел в правовую лексику, хотя отдельные авторы используют иные наименования: «делегированные санкции», «меры оперативного характера (воздействия)». В законодательстве называются отдельные виды мер воздействия, однородность которых по ряду признаков позволяет отнести их к одному разряду — оперативных санкций.

Этимологическое значение термина «оперативный» подчас ведет к смешению разных теоретических и практических задач:

а) повышения быстроты, динамичности действия мер ответственности, то есть увеличения оперативности ответственности;

[1] См. Гражданское право. Том I. Учебник, 2-е изд. / Под ред. Е. А. Суханова.— М.: Бек, 1998.— С. 418–420; Гражданское право. Учебник. Часть I, 3-е изд. / Под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого.— М.: Проспект, 1998.— С. 281.

б) выявления содержания и повышения результативности совершенно самостоятельных (то есть отличных от ответственности) мер, процедура применения которых упрощена и сокращена. В ряде работ содержатся определения оперативных санкций и исследуется эффективность некоторых из них[1].

Существующие в науке определения строятся, главным образом, по моделям определений, именуемых в формальной логике неявными, то есть путем перечисления обычных и специфических признаков данного явления (отсутствие, как правило, компенсационной функции, преимущественное значение в них превентивного элемента, наступление невыгодных последствий, обыкновенно лишь в конечном счете и др.). Такое определение (по признакам) может использоваться в практических целях, но не позволяет провести строгую границу со смежными понятиями.

Родовой категорией для различных способов воздействия на нарушителей гражданско-правовых обязательств выступает понятие «меры защиты права», что подтверждается содержанием ст. 9 ГК, которая закрепляет защиту права в качестве понятия, поглощающего отдельные правоохранительные меры. Понятие оперативных санкций употребляется для обозначения одного из последствий нарушения обязательства.

Рассмотрение отдельных оперативных санкций убеждает в том, что в них отсутствует какой-либо единственный диагностический признак, достаточный для классификации. Поэтому, на наш взгляд, следует прибегнуть к анализу совокупности признаков, характеризующих оперативные санкции: отсутствие прямой непосредственной направленности на уменьшение имущества нарушителя, то есть организационный характер воздействия; самостоятельность применения этих санкций договорным контрагентом или безусловность применения их по его поручению иным субъектом; применение санкций за сам факт допущенного нарушения.

Именно по этим признакам оперативные санкции отличаются от других способов (других мер) защиты права.

Подчеркнем здесь следующую мысль: разграничение понятий по совокупности отграничительных признаков и раскрытие содержания понятия — две связанные между собой, но разные научные задачи. В

---

[1] См. *Каудыров Т. Е.* Гражданско-правовые оперативные санкции в хозяйственных отношениях. Автореф. дис... канд. юрид. наук.— Томск, 1986.

нашем случае, равно как в классификациях иных явлений и предметов, ограничительные признаки хотя и способствуют раскрытию содержания понятия оперативных санкций, однако исчерпывают его не до конца. Полнота содержания данного понятия может быть раскрыта путем привлечения иных признаков, которые не относятся к числу отграничительных и потому могут быть в той или иной мере присущи другим мерам защиты.

Меры защиты прав хорошо известны. Основные из них определены и перечислены ст. 9 ГК. Из содержания статьи вытекает, что защита права — это предусмотренная законом система мер, направленных на то, чтобы обеспечить неприкосновенность права, его осуществимость, восстановление в случае нарушения и ликвидацию последствий нарушения[1] . Из точного текста ст. 9 ГК вытекает, что к мерам защиты может быть отнесена любая из мер, обладающая хотя бы одним признаком из названных в приведенном определении.

Оперативная санкция направлена на то, чтобы обеспечивать осуществимость права, его восстановление в случае нарушения и (или) ликвидацию последствий нарушения. Поэтому всякая конкретная оперативная санкция может быть отнесена к мерам защиты права. Но далее все меры защиты права по разным классификационным основаниям делятся на отдельные группы. Оперативные санкции по каждому из названных выше признаков могут быть отнесены к той или иной группе, по совокупности же отличительных признаков — образуют самостоятельное правозащитное понятие. Каждый из признаков, присущих оперативным санкциям, нуждается в более полной характеристике.

По характеру воздействия среди мер защиты права можно различить имущественные взыскания, направленные на восстановление (компенсацию) имущественных потерь, вызванных нарушением права, и организационные средства воздействия на нарушителя права.

Имущественные взыскания, направленные на защиту права, принято относить к гражданско-правовой ответственности, под которой понимается обычно предусмотренное законом или договором имущественное взыскание, применяемое к субъекту гражданского правоотношения при нарушении возложенных на него обязанностей и компен-

---

[1] См., например, Комментарий. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Книга 1.— Алматы, 1998 (далее — Комментарий к ГК).— С. 46.

сирующее имущественные потери, вызванные нарушением[1] . По этому признаку к ответственности среди мер, названных ст.9 ГК, можно отнести возмещение убытков и взыскание неустойки. Могут быть и иные меры ответственности, например,— удержание задатка.

К организационным можно отнести средства воздействия, изменяющие или прекращающие правоотношение между нарушителем прав и лицом, потерпевшим от нарушения, например, изменение условий и порядка исполнения обязательства. Имущественные последствия наступают здесь лишь как попутный результат, причем они обычно лишены твердой количественной определенности.

Оперативные санкции по первому из названных выше признаков относятся ко второй группе мер защиты права, классифицируемой по характеру воздействия на нарушителя.

По виду органов, применяющих меры защиты права (принимающих решение о применении той или иной меры), они могут быть разбиты на:

а) применяемые судом;

б) применяемые иным государственным органом;

в) применяемые третейским (арбитражным) судом;

г) самостоятельно применяемые лицом, пострадавшим от нарушения (самозащита).

Как вытекает из второго из названных выше признаков оперативных санкций, последние относятся к самозащите.

Самостоятельность применения мер воздействия к контрагенту-нарушителю — один из наиболее существенных отграничительных признаков оперативных санкций. Он характеризует иное качественное состояние государственного принуждения, возможностью осуществления которого поддерживаются реализация каждого субъективного права и исполнение всякой юридической обязанности.

С этих позиций оперативные санкции отличаются от мер ответственности не только большей отдаленностью от государственного принуждения, но и иной направленностью последнего. При реализации ответственности государственное принуждение непосредственно защищает потерпевшего кредитора, обращаясь против правонарушителя-должника.

---

[1] См., например, Комментарий к ГК. С.266; Гражданское право. Ч. 1. / Под общей редакцией Т. И. Илларионовой, Б. М. Гонгало, В. А. Плетнева.— М.: 1998.— С. 54.

При реализации же оперативной санкции государственное принуждение не вмешивается в правозащитные действия кредитора и не обращено поэтому на должника, а, напротив, «подстраховывает» правомерные интересы последнего на случай излишней активности оперативно действующего кредитора[1].

В научной литературе порой необоснованно, на наш взгляд, чрезмерно суживается понятие самозащиты, за счет чего происходит выведение оперативных санкций за пределы самозащиты. Так, С. В. Сарбаш следующим образом отграничивает право удержания от самозащиты. По его мнению, для самозащиты характерны три признака: 1) исключительность мер и чрезвычайность ситуации; 2) противоправность действий нарушителя; 3) невозможность осуществления защиты в судебном или административном порядке[2]. Автор сводит по существу самозащиту к необходимой обороне и крайней необходимости. Такой подход еще был возможен примерно до середины 60-х гг., когда доктрине гражданского права были известны только эти самозащитные меры. Но в дальнейшем наука выделила множество иных мер, применяемых участниками правоотношений самостоятельно, к которым признаки чрезвычайности ситуации и невозможности защиты в судебном порядке не применимы[3].

Следует заметить, что в ГК РФ не содержится определения самозащиты, в то время как в ГК РК (ст. 9) дается понятие самозащиты, которое охватывает «непосредственные фактические или юридические действия лица, право которого нарушено».

Отдельные авторы правильно отмечают, что самозащита является одним из способов, а не формой защиты права, и это нашло прямое

---

[1] Именно поэтому лицо, к которому обращены меры самозащиты, вправе оспорить правомерность их применения через суд.

[2] *Сарбаш С. В.* Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств.— М.: Статут, 1998.— С. 171.

[3] См., например, *Басин Ю. Г.* Основы гражданского законодательства в защите субъективных гражданских прав. В кн. «Проблемы применения Основ гражданского законодательства и Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик».— Саратов, 1971. С. 36–37; *Диденко А. Г.* Гражданско-правовые формы борьбы с нарушениями хозяйственных договоров. Диссертация.— Алма-Ата, 1971. С. 197; *Басин Ю. Г., Диденко А. Г.* Защита субъективных гражданских прав. Сборник «Юридические науки». вып. 1.— Алма-Ата, 1971. С 8–10.

отражение в ст. 14 ГК РФ[1]. К способам защиты права относит самозащиту В. В. Витрянский[2].

М. С. Кораблева называет следующие меры самозащиты:

1) необходимая оборона и крайняя необходимость;

2) меры самозащиты по морскому праву;

3) удержание;

4) односторонний отказ от исполнения договора поставки (либо одностороннее его изменение), подряда, отказ от оплаты товаров, это же — через суд;

5) приобретение товаров непосредственно лицом, чье право нарушено, с отнесением на нарушителя всех необходимых и разумных расходов на их приобретение;

6) выполнение работ, услуг (исправление, устранение недостатков) непосредственно лицом, чье право нарушено, своими силами и средствами, но за счет нарушителя, либо по его поручению третьими лицами с возмещением понесенных необходимых расходов и других убытков;

7) приостановление предпринимательской деятельности образовательного учреждения учредителем.

Предложенная система мер самозащиты вызывает серьезные возражения. Во-первых, отсутствуют конкретные классификационные основания, объединяющие все звенья системы. Одни из таких звеньев характеризуются признаком, свойственным определенным действиям (удержание, отказ от исполнения договора), другие — принадлежностью к отрасли права (морское право). Во-вторых, некоторые из действий, относимых автором к мерам самозащиты, не могут быть при несогласии нарушителя доведены до конца без обращения к судебному принуждению (выполнение работ лицом, чье право нарушено, с отнесением расходов на нарушителя).

Серьезная попытка определить основные признаки самозащиты и ее место в системе мер защиты права предпринята Г. А. Свердлыком и Э. Л. Страунингом в статье «Понятие и юридическая природа самоза-

---

[1] См. *Кораблева М. С.* Защита гражданских прав: новые аспекты. В сб. «Актуальные проблемы гражданского права».— М.: Статус, 1998.— С. 96.

[2] *Витрянский В. В.* Судебная защита гражданских прав. Автореф. дис… докт. юрид. наук.— М., 1996.— С. 14.

щиты гражданских прав»[1]. Но авторы без достаточных, по нашему мнению, оснований ограничили включение в состав самозащиты организационных мер, допустив только организационно-превентивные меры. Мы же, напротив, полагаем, что сюда должны быть допущены все организационные меры, защищающие против уже совершенного нарушения: изменение порядка расчетов, прекращение встречного удовлетворения по взаимным обязательствам, продажа изделия, изготовленного по договору подряда, но не выкупленного заказчиком, и т.п.

Однако по одному только признаку самостоятельности применения нельзя выделить однородные по характеру меры защиты потому, что тогда в одну группу попадут и неустойка, взыскиваемая в безакцептном порядке, и невозвращение задатка покупателю, отказавшемуся от договора, и действия, совершенные в состоянии крайней необходимости, и отказ в предоставлении встречного удовлетворения за нарушение, допущенное контрагентом, и удержание. Поэтому для выделения оперативных санкций из общей массы средств самозащиты необходимо дополнительно использовать и другие признаки: отсутствие в принятой мере элементов взыскания, накладываемого на имущество нарушителя прав, и применение соответствующих мер за сам факт допущенного нарушения, вне зависимости от вины контрагента в нарушении.

Общим основанием гражданско-правовой ответственности (кроме исключений) является вина должника в совершенном нарушении. Рассмотрение отдельных видов оперативных санкций позволяет прийти к выводу, что для правомерности их применения вина нарушителя не имеет значения или ей придается совсем иное значение, нежели в нормах о применении ответственности.[2] Если в последнем случае отсутствие вины по общему правилу свидетельствует о неправомерности реализации мер ответственности, то при применении оперативных санкций отсутствие вины нарушителя в силу прямого указания закона может лишить оперативную санкцию юридической силы, но без какого-либо осуждения действий стороны, применившей ее.

Сравним такие меры, как безакцептное списание штрафа за поставку забракованной продукции и отказ от оплаты продукции, поставленной с дефектами. В случае признания судом списания с должника штрафа в безакцептном порядке неосновательным в силу отсутствия

---

[1] «Государство и право», 1998, № 5.— С. 17–24.

[2] См. *Каудыров Т. Е.* Указ. соч. С. 14–15.

вины в действиях должника такое списание считается неправомерным, и с кредитора должен быть взыскан соответствующий штраф. В случае же отказа покупателя от оплаты такой продукции и установления невиновности в дефектах поставщика последний может быть освобожден от отрицательных последствий в форме неполучения денег за продукцию, но покупатель не подвергается осуждению не только в форме имущественного воздействия, но даже в форме констатации неправомерности его действий.

И вообще мы полагаем — есть все основания связывать применение оперативных санкций не с виной нарушителя обязательства, а с причинной зависимостью нарушения от поведения самого кредитора: применение санкций правомерно во всех случаях, кроме тех, когда нарушение либо его последствия вызваны неправомерным действием кредитора. Желательно, чтобы эта зависимость нашла выражение в соответствующих правилах хозяйственного законодательства.

По этим признакам — отсутствие элементов имущественного взыскания и иное значение вины — оперативные санкции отличаются от мер ответственности, применяемых в форме самозащиты.

Оперативная санкция является мерой юридического характера, под ней следует понимать такие действия, условия и порядок применения которых определены нормами права. В отличие от действий фактического характера, всецело вытекающих из конкретной обстановки (действия, совершенные в состоянии крайней необходимости и необходимой обороны), сходные по признаку самостоятельности применения оперативные санкции (удержание сумм комиссионером, скидка с цены за поставленный товар пониженного сорта) применяются тогда, когда есть дополнительные юридические факты (истечение установленных сроков, наличие надлежаще составленных актов). Юридический характер проявляется и в том, что возможность применения той или иной оперативной санкции должна быть предусмотрена законодательством или договором.

Таким образом, юридический характер действий является последним в совокупности признаков, позволяющих вычленить оперативные санкции в составе мер защиты права. Юридический характер мер оперативного воздействия отмечается и другими авторами[1].

---

[1] См. Гражданское право. Том I. Учебник, 2-е изд. / Под ред. Е. А. Суханова.— М.: Бек, 1998.

ВОЗМЕЩЕНИЕ МОРАЛЬНОГО ВРЕДА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Б. Базарбаев

В настоящей статье вниманию читателя предлагается анализ ряда проблем правового регулирования отношений по возмещению морального вреда. Несмотря на то, что толкованию норм действующего в Республике Казахстан законодательства в этой сфере посвящен ряд научных комментариев и статей[1] и специальное нормативное постановление Верховного суда[2], все же нельзя считать разрешенными возникающие в процессе изучения и применения отдельные весьма важные вопросы. К таким вопросам относятся:

само понятие морального вреда и возможность использования его применительно к юридическим лицам;

соотношение между подлежащими возмещению имущественным и моральным вредом;

исковая давность и другие ограничительные сроки в обязательствах по возмещению морального вреда.

О понятии морального вреда

Уяснение понятия морального вреда тесно связано с вопросом о возможности его возмещения. В советском гражданском законодательстве право на удовлетворение требования потерпевшего о возмещении морального вреда в виде общей нормы получило признание в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. В соответствии с п. 6 ст. 7 этого закона гражданин или юридическое лицо, в отношении которого распространены сведения, порочащие его

---

[1] *Ихсанов У. К.* Комментарий к главе 47 ГК РК «Обязательства, возникающие вследствие причинения вреда». В кн. «Гражданский Кодекс Республики Казахстан. Особенная часть. Комментарий».— Алматы, 2001.— С. 561–585; *Ащеулов А. Т., Жайлин Г. А.* Гражданско-правовая ответственность за вред, причиненный преступлением против личности.— Алматы, 2000.— С. 120–142; *Раимбай Б. Т.* Моральный вред и деловая репутация юридического лица; *Острой М. В.* Институт компенсации морального вреда; *Назарчук В. М.* Некоторые вопросы возмещения морального вреда при защите деловой репутации. В кн.: Актуальные проблемы современного гражданского права. Т. 2.— Алматы, 2001.— С. 41–53.

[2] Нормативное постановление Верховного суда Республики Казахстан № 3 от 21 июня 2001 г. «О применении судами законодательства о возмещении морального вреда» («Казахстанская правда», 21 июля 2001 г.).

честь, достоинство или деловую репутацию, вправе требовать возмещения убытков и морального вреда, причиненных их распространением. Ст. 131 данного закона гласила «моральный вред (физические или нравственные страдания), причиненный гражданину неправомерными действиями, возмещается причинителем при наличии его вины. В Казахстане Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик получили статус республиканского закона в январе 1993 г.[1]

Однако вопрос о юридическом признании морального вреда в качестве юридического факта поднимался еще задолго до принятия Основ гражданского законодательства. Одним из первых в советской литературе по этому поводу свое мнение выразил Б. Утевский. Он считал, что формальным основанием для решения вопроса об удовлетворении морального вреда являлась в то время ст. 44 УК РСФСР (1926 г.), предусматривающая возложение на осужденного обязанности «загладить вред» и ст. 403 ГК РСФСР (1922 г.), согласно которой возмещению подлежит не только имущественный вред, но и «вред, причиненный личности». Поскольку понятие личности охватывает духовную, моральную сферу человека, постольку право должно учитывать, прежде всего, моральный вред, причиненный личности[2] . Б. Утевский исходил из того, что моральный вред, причиненный преступлением, часто более чувствителен для потерпевшего, чем вред имущественный, что иногда преступление, не нанося потерпевшему никакого имущественного вреда, «коверкает всю его жизнь» и причиняет тяжкие нравственные страдания, которые ничем не компенсируются. Он полагал, что хотя моральный вред не может быть возмещен с тем, чтобы восстановить духовное состояние человека за деньги, но все же допускал денежную компенсацию, размер которой должен определяться в каждом конкретном случае не по принципу эквивалентности, а исходя из индивидуальных особенностей каждого дела, из степени и характера морального вреда и имущественного положения потерпевшего и причинителя.

---

[1] Постановление Верховного Совета Республики Казахстан от 30 января 1993 г. «О регулировании гражданских правоотношений в период проведения экономической реформы», в котором п. 3 установил, что положения Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик применяются на территории Республики Казахстан к правоотношениям, возникающим после принятия настоящего Постановления (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, № 4 (2149)).

[2] *Утевский Б.* Возмещение неимущественного вреда как мера социальной защиты (Еженедельник советской юстиции, 1927 г., № 35).

Аналогичная точка зрения по вопросу о возмещении морального вреда была высказана И. Брауде[1].

Резкой критике данное мнение было подвергнуто А. Зейц, возражения которого сводились к тому, что идея возмещения морального вреда по своей сущности является буржуазной и потому чужда советскому правосознанию[2]. Кроме того, отрицание морального вреда обосновывалось также тем, что он не может быть оценен и потому не может быть возмещен в деньгах.

Между тем законодательство ряда социалистических стран содержало нормы о возмещении морального вреда. Так, § 355 ГК Чехословацкой Республики 1950 г. предусматривал, кроме возмещения утраченного заработка потерпевшему гражданину и произведенных им расходов, также и «соразмерное вознаграждение за понесенные физические страдания и вознаграждение за обезображение, которое препятствует потерпевшему устроиться в жизни». Согласно Закону о компенсациях при увечьях и профессиональных заболеваниях Чехословацкой Социалистической Республики от 21 декабря 1961 г. предприятие обязано предоставить работнику соразмерную единовременную компенсацию за увечье, а именно, за ухудшение возможностей нахождения для него общественного применения и за боль, возникшую в результате этого. Возмещение морального вреда было предусмотрено также ст. 445 ГК Польской Народной Республики 1964 г.

В судебной практике двадцатых годов встречались иски о возмещении морального вреда, но они не удовлетворялись, и впоследствии такие иски вплоть до принятия Основ гражданского законодательства 1991 г. вовсе не предъявлялись.

В теории гражданского права проблема морального вреда была вновь поднята в конце тридцатых годов М. М. Агарковым[3]. Подвергнув анализу такие случаи повреждения здоровья человека, как неизгладимое обезображение лица, полная утрата зрения, паралич и другие серьезные последствия правонарушения, он предложил ввести в ГК правило, по которому «в случае, если повреждение здоровья потерпев-

---

[1] *Брауде И.* Возмещение неимущественного вреда. «Революционная законность», 1925 г., № 9–10.

[2] *Зейц А.* Возмещение морального вреда по советскому праву. Еженедельник советской юстиции. 1927, № 47.

[3] *Агарков М. М.* Обязательства из причинения вреда. // Проблемы социалистического права.— М., 1939. № 1.

шего влечет для него длительные страдания или лишения, суд может обязать ответственное лицо уплатить потерпевшему помимо возмещения за имущественный вред, еще дополнительное возмещение в размере, определяемом судом».

Этот взгляд находил поддержку в ряде работ и других авторов, посвященных возмещению вреда здоровью и жизни граждан. В частности, Н. С. Малеин обосновал необходимость возмещения наряду с имущественным вредом также и морального вреда, показав, что такого рода обязанности могут быть возложены на причинителя вреда судом в виде денежной компенсации, размер которой определяется с учетом конкретных обстоятельств дела.

Так, если в результате аварии потерпевший полностью потерял способность двигаться (прикован к постели), то возмещение имущественного вреда (утраченной заработной платы), вовсе не восстанавливает его прежнего состояния. И было бы справедливо в этом случае компенсировать моральный вред, скажем, приобретением для потерпевшего телевизора за счет причинителя вреда. По тем же соображениям за потерпевшим, утратившим зрение, можно было бы признать право на приобретение, например, музыкального инструмента[1].

Подобная позиция была высказана также Л. А. Майданик и Н. Ю. Сергеевой, которые полагали, что моральные страдания потерпевшего, лишившегося возможности вследствие травмы или из-за обезображения лица посещать театр, кино и т.п., могут быть облегчены путем возмещения расходов на приобретение мотоколяски, телевизора и т.п.[2] По мнению А. М. Беляковой, моральный вред выражается не только в переживаниях и страданиях, но также и в ограничении возможности лица активно участвовать в жизни: свободно передвигаться из-за ампутации ног, видеть или слышать при потере зрения или слуха и т.д[3].

Категория морального вреда впервые нашла законодательное определение в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 года. Ст. 131 Основ моральный вред был определен как

---

[1] *Малеин Н. С.* Возмещение вреда, причиненного личности.— «Юридическая литература», 1965.— С. 28; Он же. Охрана прав личности советским законодательством.— М., «Наука», 1985.— С. 74.

[2] *Майданик Л. А., Сергеева Н. Ю.* Материальная ответственность за повреждение здоровья.— «Юридическая литература», 1968.— С. 17.

[3] *Белякова А. М.* Имущественная ответственность за причинение вреда.— М, 1979.— С. 10.

причинение гражданину физических или нравственных страданий. ГК РК в Общей части, не раскрывая понятия морального вреда, ввел нормы о праве на компенсацию морального вреда, как способе защиты гражданских прав, о праве требовать возмещения морального вреда, как элементе правоспособности граждан, о возмещении морального вреда, причиненного нарушениями личных неимущественных прав и обязательств. В связи с возникающими в практике судов вопросами, касающимися ответственности за причинение морального вреда, в постановлении № 10 Пленума Верховного суда Республики Казахстан от 22 декабря 1995 г. «О применении судами законодательства о возмещении морального вреда» было дано такое определение морального вреда: «Под моральным вредом понимаются нравственные или физические страдания (унижение, раздражение, гнев, стыд, отчаяние, физическая боль, ущербность, дискомфортное состояние и т.п.), испытываемые (претерпеваемые, переживаемые) потерпевшим в результате совершенного против него правонарушения».

Следующими этапами в стремлении законодательства раскрыть сущность морального вреда, подлежащего возмещению, явились включение легального понятия морального вреда в ГК РК (Особенная часть) и его разъяснение Верховным судом РК. Вот тексты этих норм:

Ст. 951 ГК — «Моральный вред — это нарушение, умаление или лишение личных неимущественных благ и прав физических и юридических лиц, в том числе нравственные или физические страдания (унижение, раздражение, подавленность, гнев, стыд, отчаяние, физическая боль, ущербность, дискомфортное состояние и т.п.), испытываемые (претерпеваемые, переживаемые) потерпевшим в результате совершенного против него правонарушения».

Ч. 2 и 3 п. 3 нормативного постановления Верховного суда РК № 3 от 21 июня 2001 г. «О применении судами законодательства о возмещении морального вреда»:

«Под моральным вредом следует понимать нравственные или физические страдания, испытываемые гражданином в результате противоправного нарушения, умаления или лишения принадлежащих ему личных неимущественных прав и благ».

Под нравственными страданиями как эмоционально-волевыми переживаниями человека следует понимать испытываемые им чувства унижения, раздражения, подавленности, гнева, стыда, отчаяния, ущербности, состояния дискомфортности и т.д. Эти чувства могут быть вызва-

ны, например, противоправным посягательством на жизнь и здоровье, как самого потерпевшего, так и его близких родственников (родителей, супругов, ребенка, брата, сестры и т.д.); незаконным лишением или ограничением свободы либо права свободного передвижения; причинением вреда здоровью, в том числе уродующими открытые части тела человека шрамами и рубцами; раскрытием семейной, личной или врачебной тайны; нарушением тайны переписки, телефонных или телеграфных сообщений; распространением несоответствующих действительности сведений, порочащих честь и достоинство гражданина; нарушением права на имя, на изображение; нарушением его авторских и смежных прав и т.д.

Под физическими страданиями следует понимать физическую боль, испытываемую гражданином в связи с совершенным против него противоправным насилием или причинением вреда здоровью».

При сравнительном анализе приведенных положений о понятии морального вреда можно обнаружить в них некоторые общие моменты и определенные несоответствия. Прежде всего, следует отметить, что термин «моральный вред», как обозначение одного из последствий правонарушения занял прочное место в законодательстве, как антоним имущественного вреда. Вместе с тем в литературе выдвигаются предложения о разграничении среди неимущественного вреда двух его разновидностей: морального вреда, как следствия нарушения права на честь, достоинство и деловую репутацию гражданина и психического вреда, наступающего в результате посягательства на жизнь и здоровье человека[1].

Предлагается определять ответственность за причинение психического вреда более высокую, чем за моральный вред. Приемлемость данного предложения с установлением в законодательстве понятия морального вреда через его градацию по степени тяжести нуждается в дополнительном изучении.

Сущность морального вреда в указанных определениях раскрыта путем сведения его к эмоционально-волевым переживаниям и ощущению физической боли человека.

Таким образом, в законодательстве моральный вред означает наступающее от правонарушения последствие, которое носит неимуще-

---

[1] *Ащеулов А. Т., Жайлин Г. А.* Гражданско-правовая ответственность за вред, причиненный преступлением против личности.— Алматы, 2000.— С. 128.

ственный характер и проявляется в нравственных и физических страданиях человека.

В то же время, заметно неполное соответствие между указанными нормами о моральном вреде. Если в ст. 951 ГК моральный вред есть нарушение, умаление или лишение личных неимущественных благ и прав физических и юридических лиц, то в названных постановлениях Верховного суда РК под моральным вредом понимаются нравственные или физические страдания, испытываемые гражданином (потерпевшим) в результате противоправного нарушения, умаления или лишения принадлежащих ему личных неимущественных прав и благ. Сопоставление этих норм показывает, что в определении понятия морального вреда ст. 951 ГК допущено нарушение логической взаимосвязи между правонарушением и его последствием. Не вызывает сомнения то обстоятельство, что моральный вред, так же как и вред имущественный, представляет собой последствие, результат правонарушающего поведения. Поэтому нелогично отождествлять моральный вред (следствие, результат) с самим нарушением субъективных прав и благ (неправомерным поведением).

Кроме того, ст. 951 ГК посвящена общему понятию морального вреда, который может быть причинен не только в результате нарушения личных неимущественных прав и благ лица. Как вытекает из п. 4 ст. 951 ГК, моральный вред может иметь место в случаях, предусмотренных законодательными актами, и при нарушении имущественных прав лица, например, причиненный вследствие недостатков товаров, работ, услуг.

Представляется вполне обоснованным мнение У. К. Ихсанова о том, что само понятие морального вреда, несомненно, нуждается в совершенствовании.

Наряду с выводом о необходимости пересмотра понятия морального вреда в ГК, следует также рассмотреть вопрос о применимости этого понятия к юридическим лицам. В правоприменительной практике нередко наблюдается стремление ввести понятие морального вреда, причиняемого юридическим лицам. Несмотря на то, что коллективное образование, как социальная общность не обладает телесными и духовными свойствами, а представляет собой аморфное явление, используемое лишь в качестве фикции для признания его субъектом права, встречаются утверждения о претерпевании юридическими лицами морального вреда.

Так, в Алматинском городском суде рассматривалось дело по иску корпорации «Девелопед Технолоджи Рисорс Инк» (иностранной организации США) к Мешеловой о взыскании морального вреда в сумме 31 247 680 тенге. По мнению истца, моральный вред ему причинен в результате обращений ответчика в правоохранительные органы республики и в редакцию газеты «Новое поколение» с сообщениями о якобы незаконных действиях корпорации[1].

ТОО «АНОШ» обратилось в городской суд г. Астаны с иском к Генеральной прокуратуре РК о взыскании материального и морального вреда, причиненного вследствие допущения волокиты при расследовании уголовного дела по обвинению бывшего директора Жезказганского филиала ОАО «Игилик банк» Ниязбекова, по вине которого истец понес значительные убытки[2].

Рассмотрим вначале некоторые бесспорные положения. Во-первых, юридическое лицо также обладает неимущественными правами (на деловую репутацию, на фирменное наименование и т.д.), которые могут быть нарушены. Во-вторых, юридическое лицо имеет право на защиту своих неимущественных прав (ст. 143 ГК). Возникает вопрос: какие последствия могут наступить в результате нарушения личных неимущественных прав юридического лица? Ответ может быть двояким в зависимости от признания возможности причинения морального вреда юридическому лицу: 1) юридическое лицо терпит убытки; 2) юридическое лицо терпит убытки и моральный вред либо только моральный вред. Представляется более верным ответ первый — юридическое лицо вправе требовать возмещения причиненных нарушением его личных неимущественных прав убытков и, разумеется, восстановления этих прав путем опровержения ложных сведений.

В гражданском законодательстве вопрос о возмещении морального вреда юридическому лицу решается неоднозначно. Так, в ст. 151 ГК РФ предусмотрена возможность компенсации морального вреда, причиненного гражданину нарушением его личных неимущественных прав. Юридическое лицо в этой статье вовсе не упоминается. § 4 гл. 59 ГК РФ под названием «Компенсация морального вреда» ни в одной из трех статей не указывает на моральный вред юридических лиц, подлежащий компенсации. Но п. 7 ст. 152 ГК РФ, посвященной защите чести, дос-

[1] Гражданское законодательство Республики Казахстан. Статьи. Комментарии. Практика / Под ред. Диденко А. Г. Вып. 14.— Астана, 2002.— С. 228.

[2] Сайт Верховного суда РК 7/25/02 docid=1023227.

тоинства и деловой репутации, распространяет правила о защите деловой репутации гражданина и на защиту деловой репутации юридического лица. При этом среди способов защиты деловой репутации гражданина указано на возмещение морального вреда (п. 5 ст. 152 ГК РФ). Один из авторов комментария к ГК РФ С.В. Смотров пишет, что «абсолютно точной следует признать формулировку п. 7 ст. 152, где говорится о применении к юридическим лицам правил о защите деловой репутации гражданина»[1]. Мы не разделяем восторга названного автора относительно качества норм ст. 151, 152 ГК РФ, поскольку четкого указания о компенсации морального вреда юридического лица в них не содержится. Остается неясным, предоставляется ли защита юридическому лицу при нарушении не только его деловой репутации, но и в случаях посягательства на его же честь, достоинства и другие нематериальные права. В отличие от законодательства РФ последовательность в раскрытии понятия морального вреда больше проявляется в ГК РК (ст. 9, 143, 951). Однако постановление Верховного суда РК от 21 июня 2001 г. специально посвященное вопросам возмещения морального вреда, не содержит каких-либо положений о юридических лицах, как субъектах, признаваемых потерпевшими моральный вред.

В приведенных выше определениях морального вреда наиболее значимыми его характеристиками являются физические и нравственные страдания. Такие эмоционально-волевые ощущения в состоянии испытывать только человек, как психо-физическая особь. Юридическое лицо является социальной общностью, состоящей из коллектива людей. Невозможно представить себе такое состояние, когда бы после нарушения деловой репутации юридического лица поголовно все входящие в этот коллектив люди из-за этого лишились сна, постоянно находились в стрессе и т.д. Быть может, только руководители и лица из административного персонала будут переносить подобные переживания, но немыслимо, чтобы коллектив юридического лица в полном составе впал в состояние нравственных страданий. Поэтому категория морального вреда, как нам кажется, не присуща юридическому лицу. В случае нарушения неимущественных прав юридического лица можно вести речь лишь о возмещении имущественных потерь — убытков. К примеру, если в результате распространения ложных сведений о том, что предприятие при выпуске товаров использует сомнительное сырье, будет

[1] Комментарий к Гражданскому кодексу.— Ростов-на-Дону, 1995.— С. 179.

сокращено число контрактов, то убытки могут быть определены в размере упущенной выгоды.

В литературе высказывалось мнение о неприменимости понятия морального вреда к юридическим лицам. В частности, У. К. Ихсанов пишет: «… исходя из буквального толкования понятия «моральный вред» можно сделать вывод, что он не может быть причинен юридическим лицам, которые не могут испытывать «страданий (гнева, стыда, физической боли и т.п.)»[1]. Такого же мнения придерживаются Б. Т. Раимбай[2], авторы учебника «Гражданское право» ч. 1[3]. В ряде работ российских ученых этот взгляд также находит отражение. Так, М. И. Брагинский, Е. А. Суханов, К. Б. Ярошенко, А. М. Эрделевский считают, что моральный вред, причиненный юридическим лицам, возмещаться не должен[4].

Судебная практика также иногда отрицательно относится к признанию морального вреда за юридическим лицом. Так, при рассмотрении дела по иску ТОО «Нефтегаз Казахстан» к ТОО «Нефть и газ Казахстана» о прекращении использования товарного знака и взыскании морального ущерба в сумме 2 млн. тенге в Алматинском городском суде было отмечено, что нравственные и физические страдания имеют отношение к физическому лицу[5].

Обобщая изложенные выше положения о понятии морального вреда, можно было бы сделать следующие выводы и предложения:

— моральный вред представляет собой такое последствие правонарушения, которое имеет непосредственное влияние на психо-физическое состояние человека, поэтому он может быть причинен только физическому лицу;

— юридическое лицо обладает неимущественными правами, которые могут подвергаться посягательствам и нарушениям, однако послед-

---

[1] Гражданский кодекс Республики Казахстан. Особенная часть. Комментарий.— Алматы, «Жеті-Жарғы», 2000.— С. 585.

[2] Актуальные проблемы современного гражданского права. Т. 2.— Алматы, 2001.— С. 42.

[3] Гражданское право. Учебник, ч. 1.— М., 1998.— С. 325.

[4] *Брагинский М., Суханов Е., Ярошенко К.* Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей.— М., 1995.— С. 196; *Эрделевский А. М.* Компенсация морального вреда.— М., 1996.— С. 6.

[5] Гражданское законодательство Республики Казахстан. Статьи. Комментарии. Практика / Под ред. Диденко А. Г. Вып. 9.— Алматы, 2000.— С. 187.

ствия этих правонарушений проявляются в убытках, подлежащих возмещению на общих основаниях;

— с целью придания понятию морального вреда необходимой ясности и четкости следует исключить из ст. 142 и 951 ГК РК упоминания о юридических лицах, как субъектах, претерпевающих моральный вред.

О соотношении между подлежащим возмещению имущественным и моральным вредом

Как было отмечено выше, до принятия Основ гражданского законодательства всякое правонарушение влекло за собой ответственность в виде возмещения убытков, если только причинялся имущественный вред. С момента введения компенсации морального вреда возник вопрос о соотношении между подлежащим возмещению имущественным и моральным вредом. Необходимо было урегулировать порядок возмещения вреда в следующих вариантах сочетания имущественного и морального вреда, наступающих в результате нарушения личных неимущественных и имущественных прав потерпевших:

— возмещение морального вреда при нарушении личных неимущественных прав потерпевшего;

— возмещение морального и имущественного вреда при нарушении личных неимущественных прав потерпевшего;

— возмещение морального и имущественного вреда при нарушении имущественных прав потерпевшего.

Первые два варианта сочетания имущественного и морального вреда, подлежащие возмещению, были предусмотрены в п. 6 ст. 7 Основ гражданского законодательства, где было установлено: «Гражданин или юридическое лицо, в отношении которого распространены сведения, порочащие его честь, достоинство или деловую репутацию, вправе наряду с опровержением таких сведений требовать возмещения убытков и морального вреда, причиненных их распространением». В зависимости от наступающих последствий потерпевший вправе требовать возместить только моральный вред при отсутствии имущественного вреда, либо требовать возмещения одновременно, как морального, так и имущественного вреда, если они были причинены одним и тем же правонарушением. Это положение ныне закреплено в п. 3 ст. 951 ГК: «Моральный вред возмещается независимо от подлежащего возмещению имущественного вреда».

Право на возмещение морального, а также в подлежащих случаях и имущественного вреда за нарушение чести, достоинства и деловой

репутации гражданина остается неизменным с момента его введения Основами гражданского законодательства. Оно воспроизведено текстуально как в ГК РФ (п. 5 ст. 152), так и в ГК РК (п. 6 ст. 142). В развитие этого положения возможность компенсации морального вреда распространена за посягательства и на иные неимущественные права и нематериальные блага (ст. 151 ГК РФ), п. 1 ст. 141 ГК РК).

Таким образом, начиная с момента действия Основ гражданского законодательства на территориях РФ и РК и до настоящего времени, вне всякого сомнения, применяется правило: при нарушении личных неимущественных прав гражданина подлежат возмещению понесенный им моральный вред, а если имел место также вред имущественный, то возмещается одновременно моральный и имущественный вред.

Сложнее обстояло дело с регулированием последствий нарушения имущественных прав гражданина и юридического лица. Если нарушение имущественных прав лица вызывало только причинение имущественного вреда, то действовало традиционное общее положение — убытки должны быть возмещены правонарушителем. Но в случае появления наряду с убытками также и морального вреда, как следствия нарушения имущественных прав потерпевшего законодательство о его возмещении развивалось не последовательно. Вначале Основы гражданского законодательства ввели единую норму, согласно которой возмещение морального вреда должно осуществляться независимо от того, причинен ли этот вред посягательством на личное неимущественное право или на имущественное право потерпевшего лица (ст. 131). Затем 1 января 1995 г. в Российской Федерации был введен в действие Гражданский кодекс (первая часть), ст. 151 которого установила следующее правило: если моральный вред причиняется посягательством на какое-либо материальное благо, которое находит свое выражение в имущественном праве, то он подлежит возмещению лишь на основании специального закона (например, закона «О «защите прав потребителей»). Действие в Российской Федерации ст. 131 Основ, предусматривавшей возмещение морального вреда во всех случаях нарушения как неимущественного, так и имущественного права, охватывает период с 3 августа 1992 г. до 1 января 1995 г.

Иначе был решен этот вопрос в Казахстане. В принятом в 1994 г. ГК РК (Общая часть) нормы, аналогичной ст. 151 ГК РФ, не содержится. Более того, ст.352 ГК РК предусмотрено совершенно противоположное приведенной ограничительной норме положение: моральный

вред, причиненный нарушением обязательства, возмещается сверх убытков. Здесь не требуется пояснений относительно того, что нарушение обязательств означает нарушение имущественных прав участника обязательства. Постановлением Верховного суда от 22 декабря 1995 г. круг случаев возмещения морального вреда гражданам был еще более расширен. В частности, суду предоставлялось право на основании ст. 131 Основ гражданского законодательства обязать работодателя компенсировать причиненные работнику нравственные и физические страдания в связи с незаконным увольнением, переводом на другую работу, невыплатой заработной платы, трудовым увечьем, профзаболеванием и т.п.

Эта нормативная основа послужила поводом к тому, что в Казахстане судебная практика столкнулась с расширением случаев предъявления исков о взыскании морального вреда за нарушение не только личных неимущественных прав, но и имущественных прав. Так, в Октябрьском суде г. Усть-Каменогорска рассматривалось исковое заявление двух граждан к АО «Адиль» о взыскании дивидендов и морального вреда[1], в Алмалинском районном суде г. Алматы — дело по иску Жаркова и Филиповского о взыскании убытков и компенсации морального ущерба, вызванных ненадлежащим исполнением ТОО «Туран» своих обязательств[2].

В Лениногорском городском суде в результате рассмотрения дела по иску Качура Л. к Качуре В. об истребовании своей машины было решено взыскать с ответчика моральный вред в сумме 20 тыс. тенге[3].

В судах Жамбылской области длительное время находилось на рассмотрении дело по иску 68 работников химических предприятий — АО «Каратау», ЗАО «Фосдорит», МКК «Тексуна Кемиклз Инк» о взыскании несвоевременно выданной заработной платы, неустойки и компенсации морального вреда по 150 тыс. тенге каждому работнику[4].

Изучение судебной практики показало, что суды взыскивают моральный вред, причиненный гражданам в результате несвоевременной выплаты денежных сумм в возмещение вреда, неправильного исчисле-

---

[1] Гражданское законодательство Республики Казахстан. Статьи. Комментарии. Практика / Под ред. Диденко А. Г. Вып. 7.— С. 144.

[2] Гражданское законодательство Республики Казахстан. Статьи. Комментарии. Практика / Под ред. Диденко А. Г. Вып. 9.— С. 176.

[3] Гражданское законодательство Республики Казахстан. Статьи. Комментарии. Практика / Под ред. Диденко А. Г. Вып. 9.— С. 214.

[4] Интернет-сайт Верховного суда РК 7/25/02 docid-1023463.

ния сроков выплаты, в результате неправомерного отказа в возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью граждан[1] .

Как видно из указанных примеров, в практике судов не проводилось разграничение между моральным вредом, причиняемым нарушением личных неимущественных прав (на жизнь, здоровье), и моральным вредом, наступающим из-за нарушения имущественных прав (на своевременное получение заработной платы, на получение дивидендов, на неприкосновенность права собственности и т.д.).

Попутно следует заметить, что моральный ущерб за причинение вреда жизни и здоровью, как объектам неимущественных благ начал возмещаться с момента введения в действие Основ гражданского законодательства на территории РК — с 30 января 1993 г. Это правило остается неизменным и до настоящего времени.

Что касается возмещения морального вреда, как результата нарушения имущественных прав потерпевшего, то в законодательстве Казахстана ограничения на этот счет были введены, в отличие от РФ, только с принятием Особенной части ГК РК — то есть с 1 июля 1999 г. П. 4 ст. 951 ГК РК установлена норма, в соответствии с которой моральный вред, причиненный действиями (бездействием), нарушающими имущественные права гражданина, возмещению не подлежит, кроме случаев, предусмотренных законодательными актами. Поэтому на протяжении 1993 — 1999 годов в предъявляемых исках не только граждан, но и юридических лиц наряду с притязаниями о возмещении убытков выдвигались также требования о компенсации морального вреда. Причем эта попытка получить компенсацию морального вреда, имевшая правовое основание в указанный период, продолжает по инерции сохраняться и поныне. Так, специализированный межрайонный экономический суд в г. Караганде своим решением взыскал с ТОО «Абс-Энерго» в пользу ТОО «Комир-Инвест», за невыполнение обязанности по оплате полученной продукции — угля в качестве возмещения морального вреда в сумме 10 тыс. тенге, сославшись при этом на ст. 352 ГК, в соответствии с которой моральный ущерб возмещается сверх убытков. Это дело рассматривалось 6 ноября 2001 г., то есть в период действия Особенной части ГК, где было установлено ограничение по взысканию компенсации за моральный вред, причиненный нарушением имущественных прав (п. 4 ст. 951 ГК РК).

[1] Обзор судебной практики по рассмотрению дел о возмещении вреда, причиненного здоровью. Гражданское законодательство Республики Казахстан. Статьи. Комментарии. Практика / Под ред. Диденко А. Г. Вып. 9.— С. 95.

В целях упорядочения практики возмещения морального вреда в случаях нарушения имущественных прав потерпевшего и совершенствования соответствующих правовых норм следовало бы рассмотреть возможность внесения следующих поправок в гражданское законодательство:

— исключить из ГК понятие морального вреда юридического лица, как это предлагалось выше, и упоминание о праве юридического лица на возмещение морального вреда при нарушении его личных неимущественных и имущественных прав;

— привести ст. 352 ГК в соответствие с п. 4 ст. 951 ГК и изложить ее в следующей редакции: «Моральный ущерб, причиненный нарушением обязательства, возмещается в предусмотренных законодательными актами случаях сверх убытков, предусмотренных ст. 350 настоящего Кодекса»;

— нуждается в уточнении и нормативное постановление Верховного суда от 21 июня 2001 г. В частности вызывает недоумение разъяснение (п. 13) о том, что неисполнение обязательств, предусмотренных ст. 272–288 ГК, может явиться основанием для возмещения морального вреда, если ненадлежащее исполнение обязательства должником не связано с нарушением имущественных прав кредитора. Общеизвестно, что права кредитора в обязательстве носят имущественный характер, поэтому неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства должником неизбежно затрагивают имущественные права кредитора. Основанием возмещения морального вреда в этих случаях служит именно наличие этого вреда, и если право потерпевшего при нарушении его имущественного права, как кредитора в обязательстве на возмещение морального вреда предусмотрено специальным законодательным актом (Законом о защите прав потребителей).

В этом же разъяснении в числе примеров одновременного нарушения имущественных и личных неимущественных прав гражданина указано на нарушение права преимущественной покупки. Этот пример является неудачным потому, что право преимущественной покупки участника общей долевой собственности есть его имущественное право и не имеет какого-либо неимущественного характера. То обстоятельство, что права участников общей собственности связаны с личностями каждого из них, не означает, что они приобретают какие-то неимущественные права. Таких случаев, когда участие в правоотношении обусловлено тесной связью с личностью участников, которые имеют лишь иму-

щественные права, в гражданском праве встречается немало (например, доверитель и поверенный).

Исковая давность и другие ограничительные сроки в обязательствах по возмещению морального вреда

Вначале следует рассмотреть вопрос о сроках исковой давности и других ограничительных сроках в случаях причинения морального вреда нарушением личных неимущественных прав потерпевшего. В гражданском законодательстве издавна прочно закрепилось положение принципиального значения: на требования о защите нематериальных благ и личных неимущественных прав исковая давность не распространяется, кроме случаев, предусмотренных законодательными актами (п. 2 ст. 43 Основ, п. 1 ст. 187 ГК РК, п. 4 постановления Верховного суда РК от 21 июня 2001 г.).

За истекший период действия данной нормы исключения из названного правила для защиты неимущественных прав путем компенсации морального вреда ни в ГК, ни в других законодательных актах не предусматривались. Поэтому бесспорным можно признать положение о том, что лицо, потерпевшее моральный вред, вправе требовать возмещения этого вреда в любое время, независимо от истечения какого-либо срока с момента нарушения личных неимущественных прав. В этой связи нуждаются в рассмотрении обоснованность и правомерность содержащихся в ГК и других законодательных актах некоторых положений. Прежде всего, это касается п. 1 ст. 923 ГК и п. 8 Закона РК «О введении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (Особенная часть). Согласно п. 1 ст. 923 ГК вред, причиненный гражданину в результате незаконного осуждения и совершения иных незаконных действий правоохранительных органов, возмещается государством в полном объеме. В состав этого вреда входит и та часть, которая именуется моральным вредом (подп. 2 п. 3 ст. 951 ГК РК). Возникает вопрос о том, какие субъективные права гражданина подвергаются нарушениям вследствие незаконных действий суда, органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры? Исходя из приведенного в данной норме перечня этих незаконных действий (незаконное осуждение, незаконное привлечение к уголовной ответственности, незаконное применение в качестве меры пресечения заключения под стражу, домашнего ареста, подписки о невыезде, незаконное наложение административного взыскания в виде ареста или исправительных работ, незаконное помещение в психиатрическое или другое лечебное учреждение), можно

полагать, что в первую очередь последствия указанных действий проявляются в нарушении личных неимущественных прав. Для подтверждения этого вывода достаточно обратиться к последствиям незаконного осуждения. В результате незаконного осуждения гражданина имеет место нарушение по крайней мере двух его нематериальных благ: право на личную свободу (ст. 16 Конституции РК), право на честь и достоинство (ст. 115 ГК). Незаконное осуждение гражданина, несомненно, порочит его честь и достоинство, а вынесенный в этом случае приговор суда означает распространение порочащих честь и достоинство сведений[1].

Гражданин, реабилитированный на основе отмены незаконного приговора, вправе требовать возмещения морального вреда независимо от истечения какого-либо срока с момента вынесения приговора (п. 1, 3 ст. 141, п. 6 ст. 143 ГК, п. 1 ст. 187 ГК). Это положение находит реализацию и в судебной практике. Так, решением Верховного суда РК от 22 июля 1993 г. удовлетворен иск о возмещении имущественного и морального вреда, причиненного матери Рыскулбекова Кайрата в результате его незаконного осуждения (приговор был вынесен 16 июня 1987 г., а отменен постановлением Пленума Верховного суда РК 21 февраля 1992 г. с полным оправданием осужденного)[2].

Определением коллегии по гражданским делам Верховного суда РК было подтверждено право гражданина Федулеева В. Р. на взыскание с государственной казны компенсации морального вреда в сумме 250 тыс. тенге, причиненного в результате незаконного ареста[3]. В Актюбинском городском суде рассмотрено дело по иску Тасмагамбетовой о взыскании морального ущерба вследствие незаконного заключения под стражу, и решено взыскать 50 тыс. тенге[4].

Хотя гражданское законодательство не предусматривает применение исковой давности к требованиям о компенсации морального вреда вследствие нарушения нематериальных благ и неимущественных прав,

[1] Постановлением Пленума Верховного суда РК от 18 декабря 1992 г. «О применении в судебной практике законодательства о защите чести и достоинства граждан и организаций» разъяснено, что распространением сведений, порочащих честь и достоинство гражданина, признается даже изложение этих сведений в служебных характеристиках.

[2] Вестник Верховного суда РК. 1994. № 2.— С. 18–22.

[3] Сайт Верховного суда РК 7/25/02 docid=1022362.

[4] Гражданское законодательство Республики Казахстан. Статьи. Комментарии. Практика / Под ред. Диденко А. Г. Вып. 9.— С. 202.

Закон о введении в действие Особенной части ГК установил норму, которая распространила действие ст. 922 и 923 ГК (Особенная часть) на случаи, когда причинение вреда потерпевшему имело место до 1 июля 1999 г., но не ранее 1 июля 1996 г., и причиненный вред остался не возмещенным. В комментарии к ГК (Особенная часть) высказано мнение о том, что указанный в данном Законе трехлетний период законодатель избрал в виде общего срока исковой давности. С этим мнением согласиться невозможно.

Не вдаваясь в содержание всех норм ст. 922 и 923 ГК с целью более четкого показа смысла установленного временного предела, остановимся на анализе только п. 1 ст. 923 ГК РК и лишь на последствиях незаконного осуждения гражданина. Ясно, что эти последствия охватывают причинение, как имущественного, так и морального вреда. Имущественные потери при этом могут выразиться в утрате заработка и других доходов, в лишении конфискованного имущества, в расходах по ведению судебного дела и др. В составе материального ущерба существенную часть составляют, как правило, неполученные в связи с незаконным осуждением доходы в виде заработка и иных ежемесячных поступлений за время отбывания наказания. Эти доходы для потерпевшего служили основным сложившимся постоянным источником пополнения его имущественного состояния и средством выживания. При определении размера возмещения неполученных доходов решающим фактором является тот отрезок времени, за который в законодательстве предусмотрена возможность взыскания этого ущерба. Представляется, что установленный п.8 Закона от 1 июля 1999 г. трехлетний срок ограничения возмещения ущерба по п.1 ст.923 ГК относится именно к временному пределу взыскания утраченных (неполученных) доходов реабилитированного гражданина. Указанный здесь срок с 1 июля 1996 г. до 1 июля 1999 г. не является исковой давностью. Можно пояснить эту мысль следующим примером: гражданин осужден незаконно в 1995 г. и оправдан судом в июле 1998 г., дело о возмещении материального ущерба рассматривается в 1999 г. Неполученные доходы он вправе требовать за период с 1 июля 1996 г. по июль 1998 г.

Что касается возмещения морального вреда, причиненного гражданину незаконным осуждением, то никаких ограничений во времени за прошлый период законодательство не устанавливает. Поэтому следует внести необходимые уточнения в нормативное постановление Верховного суда РК от 21 июня 2001 г. (п. 4). Ссылка на Закон «О норма-

тивных правовых актах» в данном случае неуместна, поскольку возмещение морального вреда за незаконное осуждение впервые введено не ГК (Особенная часть), а гораздо раньше, как указывалось выше, Основами гражданского законодательства[1] .

По этим же соображениям необходимо уточнить редакцию ст. 187 ГК, в п. 3 которой содержится ограничение тремя годами до предъявления иска возможности удовлетворения требования о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина. Следует исключить слова «предъявленные по истечении срока исковой давности», поскольку трехлетний период в этой норме не является исковой давностью, а означает временной предел взыскания неполученных потерпевшим в связи с причинением вреда жизни и здоровью доходов за прошлое время.

Вред, причиняемый жизни и здоровью гражданина, представляет собой посягательство на нематериальные блага потерпевшего. Требование о компенсации морального вреда и в этом случае не подпадает под действие какого-либо ограничительного срока. Учитывая эти обстоятельства, второе предложение в п. 3 ст. 187 ГК можно было бы изложить в следующей редакции: «Однако требования о возмещении имущественного вреда удовлетворяются не более чем за три года, предшествующие предъявлению иска».

---

[1] Сопоставление п. 1 ст. 127 Основ гражданского законодательства и п. 1 ст. 923 ГК РК показывает, что перечень незаконных действий правоохранительных органов, причиняющих вред гражданам, за которые несет ответственность государство, дополнен только незаконным помещением в психиатрическое или другое лечебное учреждение. Возмещение имущественного вреда именно за это незаконное действие представляет норму, ранее не предусмотренную. Однако для возмещения морального вреда эта норма не может признаваться новой, ибо принудительное помещение в лечебное учреждение есть посягательство на личную свободу гражданина.

ПРОЦЕСС ШЕЙЛОКА

А. Диденко

Нередко материал художественных произведений дает возможность профессионального рассмотрения определенной правовой проблемы. Правовые эпизоды, содержащиеся в шекспировских пьесах, часто носят классически четкий характер; глубина и широта их содержания, изобилие юридически значимых фактов позволяют юристу оттачивать мастерство юридического анализа.

На рубеже XIX—XX вв. появился целый ряд правоведческих работ о произведениях Шекспира. Больше других повезло «Венецианскому купцу» и судебному процессу, в нем описанному. Крупнейшие юристы того времени высказали свое отношение к этому процессу, к действиям Шейлока, доводам Порции и решению дожа. Толчком к началу бурной полемики послужила книга известного немецкого ученого Рудольфа Иеринга «Борьба за право», в которой он призывал каждого на защиту всеми возможными способами принадлежащих ему прав против малейших посягательств на их неприкосновенность.

Выдвинутое Иерингом учение о необходимости борьбы за право исходило из воззрения на право, как внеклассовую категорию. Сегодня нам становятся более ясными недостатки, как внеклассового, так и классового подхода к раскрытию сущности права.

О взглядах Шейлока на собственное ремесло мы узнаем из его монолога. Он говорит об Антонио:

Он ненавистен мне, как христианин,
Но больше тем, что в жалкой простоте
Взаймы дает он деньги без процента
И курса рост в Венеции снижает.
……
Он ненавидит наш народ священный
И в сборищах купеческих поносит
Меня, мои дела, барыш мой честный
Зовет лихвой.

Шейлок предлагает обратившемуся к нему за займом Антонио:

К нотариусу Вы со мной пойдите
И напишите вексель: в виде шутки,—
Когда вы не уплатите мне точно
В такой-то день и там-то суммы долга
Указанной,— назначим неустойку:
Фунт вашего прекраснейшего мяса,
Чтоб выбрать мог часть тела я любую
И мясо вырезать, где пожелаю.

Надо сказать, что отдача денег в рост в целом оказывается сильнее законодательных запрещений ростовщичества. В трагедии «Кориолан» горожанин говорит о сенате и сенаторах: «... у них амбары от хлеба ломятся, а они нас морят голодом да издают законы против ростовщичества на пользу ростовщикам». И действительно, ростовщики повышали процент за риск, которому они подвергались.

Когда конкуренция со стороны итальянских и кагорских банкиров значительно понизила финансовое значение для властей еврейской части населения, которая главным образом занималась ростовщичеством, то только тогда король Эдуард смог в 1290 г. принять статут, повелевавший евреям отказаться от ростовщичества под страхом смертной казни. А через некоторое время они вообще были изгнаны из страны.

Антонио не сумел вовремя вернуть долг, и Шейлок в суде настаивает на осуществлении своих прав. В защиту Антонио выступает Порция. Любопытно построение ее речи. Вначале она отвечает другу Антонио, который обращается к судье со следующими словами:

Я вас молю
Закон хоть раз своей склоните властью:
Для высшей правды малый грех свершите
И обуздайте дьявольскую волю.

Порция говорит ему:

Нет, так нельзя: в Венеции нет власти
Чтоб изменить уставленный закон.
То был бы прецедент, и по примеру
Его немало вторглось бы ошибок
В дела республики. Нет, так нельзя.

Таким образом, с самого начала она заявляет себя как строгий приверженец необходимости следования всем формальностям закона.

Продолжая эту логическую линию, она предельно формализует текст договора:

Твой вексель не дает ни капли крови.
Слова точны и ясны в нем: фунт мяса.
Но, вырезая, если ты прольешь
Одну хоть каплю христианской крови,
Твое добро и земли по закону
К республике отходят.
……
Итак, готовься мясо вырезать,
Но крови не пролей. Смотри отрежь
Не больше и не меньше ты, чем фунт.
Хотя б превысил иль уменьшил вес
На часть двадцатую двадцатой доли
Ничтожнейшего скрупула, хотя бы
На волосок ты отклонил иглу
Твоих весов,— то смерть тебя постигнет.
Имущество твое пойдет в казну.

Далее Порция утверждает, что из всего процесса видно, что Шейлок виновен в покушении на жизнь ответчика, и подводит его действие под закон, согласно которому у лица, покушавшегося на жизнь венецианца, конфискуется все имущество: одна половина его переходит в казну, другая — жертве покушения. А жизнь преступника зависит от усмотрения дожа.

Дож вынес решение, лишь несколько смягченное по сравнению с требованиями Порции.

Пересказанный эпизод представляет несомненный интерес не только с точки зрения истории права. При его помощи мы можем раскрыть отдельные моменты содержания диалектики права.

Р. Иеринг в упомянутом сочинении «Борьба за право» (Спб., 1912) замечает, что расписка сама по себе была ничтожной, так как содержала нечто безнравственное: судья должен был бы, следовательно, с самого начала отвергнуть ее на этом основании. Если же он этого не сделал, если, несмотря на это, «мудрый Даниил» оставил ее в силе, то было бы негодной уловкой, жалким крючкотворством отказать человеку, за которым он уже признал право вырезать из живого тела фунт

мяса, в неизбежно связанном с этим пролитии крови. Иеринг из всего процесса выводит заключение, что поражение понес, в сущности, не Шейлок, а закон Венеции, тенденциозно встав на сторону христианина против бесправного еврея.

Другой известный юрист XIX в.— И. Колер вступил в полемику с Иерингом. Он полагал, что договор между Шейлоком и Антонио вполне соответствует тем правовым взглядам на сущность отношений между кредитором и должником, которые господствовали в течение ряда столетий. Процесс изменения правовых отношений в этом вопросе совершался медленно. Эволюция в этой области, по мнению Колера, должна была повлечь за собой эволюцию в этических воззрениях, за которой следовала самостоятельная органическая переработка этического материала в составные части правового организма. Этот процесс совершается не по приказанию извне, а действием духовных сил, управляющих историей человечества. Новое правовое сознание, по Колеру, проникло в пьесу Шекспира и повлияло на решение суда. Приговор, считает Колер, был произнесен хороший, но плохо обоснованный. С точки зрения формальной юрисдикции Шейлоку должны быть представлены все средства для реализации договора. Колер замечает, что решение находится в противоречии с этим принципом: ибо ясно, что кому разрешено вырезать мясо, тому и разрешено проливать кровь, если эта операция не может быть совершена без пролития крови. Кредитор вправе ограничиться частью следуемого ему, даже небольшое превышение веса ему не может быть поставлено в вину, так как все человеческие операции могут быть выполнены только с приблизительной точностью. Колер доказывает, что аргументы Порции против Шейлока обращают право в тень и не лучше всякого правонарушения[1].

Русские юристы также приняли участие в этой полемике. Так, М. А. Окс, возражая Иерингу, говорит: «Шейлок не потому злодей, что он слишком прав, а потому, что под видом удовлетворения своего права стремится к злу, стоящему вне права. ... Именно искусство Порции в применении права, в раскрытии его истинного содержания привело к добру и справедливости»[2]. А. Э. Штрейфинкель, напротив, безогово-

---

[1] См.: *Колер И.* Шекспир с точки зрения права.— Спб., 1895.

[2] *Окс М. А.* Правовые идеи в художественно-поэтических произведениях, в частности у Шекспира.— Одесса, 1886.

рочно становится на позицию Иеринга, раздвигая рамки его аргументации против Колера[1].

Особую позицию занимал Н. А. Полетаев. В работе «Шекспир и Иеринг, или Что такое борьба за право» (Спб., 1900) он высмеивает и Иеринга и Колера за то, что они увидели в драме глубокие мысли, между тем как таковые в ней отсутствуют. Сосредоточив внимание на действовавших в Италии во времена «Венецианского купца» законах, Полетаев приходит к выводу, что ничего подобного договору и делу Шейлока с Антонио в Венеции не было и быть не могло. Он отмечает такие промахи Шекспира, как, например, присутствие дожа в зале суда по частному гражданскому делу. Автор делает вывод, что эта драма не может представлять собой чего-либо поучительного для юриста.

Если всецело встать на догматическую точку зрения, апологетом которой являлся Полетаев, понимающий под «поучительностью» только сведения о положительном праве или других фактах истории, то в этом смысле можно усомниться в познавательной ценности большинства трагедий Шекспира, поскольку в них встречается много исторических и фактических несоответствий. Шекспир, как писатель был волен сочинять свою юриспруденцию. Главное, что дух и диалектика средневекового законодательства были переданы в его драмах с замечательной точностью.

Для современного юриста поставленная проблема сводится к проблеме злоупотребления правом, шиканы. Ясна и реальная ее подоплека.

Обращаясь к истории права, мы видим, что в рабовладельческом Риме действовал правовой принцип: qui jure suo utitur naeminem laedit — кто пользуется своим правом, никому не причиняет вреда. Сущность этого принципа заключается в том, что рабовладельцу представляется неограниченный простор в осуществлении своих прав, экономически связанных главным образом с собственностью на раба, как основой производства.

По-иному обстоит дело в буржуазном обществе, отношения в котором зиждутся на собственности на орудия и средства производства при отсутствии прямой личной зависимости рабочего от капиталиста. Поэтому право по отношению к личности выступает более демократично, не допуская такого использования субъективных прав, которое причиняло бы вред другому лицу. Но это, так сказать, момент роста цивиз-

[1] См.: *Штрейфинкель А. Э.* Юристы о Шейлоке // Восход.— 1887. № 11. С. 104–124.

лизации в широком смысле слова. Главными и здесь являются социально-экономические интересы господствующего класса. А в целом они таковы, что не позволяют строго придерживаться соблюдения законности и требуют создания в рамках самого закона возможностей отступления от него. Такую возможность предоставляет норма о недопустимости злоупотребления правом.

В Англии в тот период, когда Шекспир пишет свои произведения, феодально-крепостническая система уже изживала себя. Неполная личная зависимость крестьянина, его внеэкономическое принуждение вот-вот должны смениться личной свободой и экономическим принуждением. Для этого уже созрели производительные силы, до понимания этого поднялось общественное сознание. И старое право, действовавшее почти без изменений со времен рабовладельческого Рима, подобно Антею, оторванному от земли, теряет силу, оторвавшись от базиса. Таковы корни оправдательного приговора судьи в отношении Антонио. Шейлок должен был потерпеть поражение на той исторической сцене, на которой он выступал, вне зависимости от логики аргументов Порции, вне зависимости от признания или непризнания судом действительности договора, а потому, что он олицетворял в этом конфликте умирающее право.

ТЕМА: СУБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

О. Иоффе

ИЗ ИСТОРИИ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЙ МЫСЛИ[1]

ГРАЖДАНСКАЯ ПРАВОСУБЪЕКТНОСТЬ

1. Цивилистическая доктрина промышленного капитализма

Первое слово о субъектах права вообще, в том числе субъектах гражданского права, буржуазия произнесла устами естественно-правовой доктрины. Она же впервые ввела в обиход термин «физическое лицо», которому затем противопоставляются термины «моральное лицо» во французской и «юридическое лицо» в немецкой юриспруденции.

Вместе с тем для естественно-правовой доктрины «физическое лицо» — не просто термин, но и определенная логическая категория, подкрепляемая всем ее учением о естественном состоянии и отражении этого состояния в государственных законах. Действительно, если человек обладает прирожденными правами, которыми он наделяется самой природой и которые только фиксируются в государственных законодательных актах, то и субъектом права он становится как некое естественное творение, как психофизическая особь, признаваемая государством, но не создаваемая им. А поскольку от природы все люди равны, то такое же их равноправие должно быть закреплено юридически. Прямой переход от естественного к юридическому равенству, минуя реальное состояние социального неравенства, как раз и позволили естественно-правовой доктрине добиваться провозглашения в законе формального равноправия, освящающего фактическую экономическую зависимость одной части общества от другой.

---

[1] Настоящая публикация представляет собой разделы, относящиеся к учениям о гражданской правосубъектности, из работ О. Иоффе по истории цивилистической мысли, вместе никогда не публиковавшихся. Это: *О. С. Иоффе*. Развитие цивилистической мысли в СССР. ЛГУ, 1975; *О. С. Иоффе*. Из истории цивилистической мысли (цивилистическая доктрина промышленного капитализма). В сб.: Труды Киргизского государственного университета, серия юридическая. вып. 8.— Фрунзе, 1972.— С. 100–156; *О. С. Иоффе.* Цивилистическая доктрина империализма.— Владивосток, 1974.

Но при всей антинаучности взгляда на право как непосредственный рефлекс естественного состояния, точно также, как при полной очевидности классовой сути учения о формальном равенстве независимо от социального неравенства, это учение в своих практических выводах, в качестве антипода былому формальному неравенству, несомненно играло прогрессивную роль. Недаром сторонники концепций, противопоставленных ему после прихода буржуазии к власти, продолжая оперировать словами «физическое лицо», но уже только как термином, а не понятием, вместо «прирожденных», говорят о «пожалованных» или «делегированных» правах. Оторванные даже от вымышленного состояния естественного равенства эти новые категории допускали любой произвол не только при законодательном установлении правового статуса личности, но и в самом процессе осуществления принадлежащих ей субъективных прав.

Наряду с правосубъектностью в целом, аналитическому изучению подвергаются и такие раскрывающие ее содержание юридические явления, как право- и дееспособность. Оценка же соотношения этих явлений обнаружила коренные разногласия между цивилистами Германии, с одной стороны, и Франции, с другой.

Немецкая доктрина едва ли не единодушна в отождествлении правосубъектности с правоспособностью. Такое единодушие наблюдается не только среди цивилистов, подчеркивающих, что «юридическое понятие личности совпадает с понятием правоспособности» (Барон), что правоспособность объединяет всех лиц, а разъединяет их пол, возраст, недееспособность и т. п. (Тур), что «недееспособность не имеет никакого влияния на правоспособность» (Козак), что «субъектом права или лицом является тот, кто может иметь права» (Дернбург), и т. п. Аналогичные взгляды защищают также государствоведы, административисты и др., когда они заявляют, что «правовое состояние лица состоит единственно и исключительно в правоспособности» (Лабанд) или что «личность или лицо есть способность быть носителем прав, одним словом, правоспособность» (Еллинек).

В противоположность этому французская доктрина столь же единодушна в признании правосубъектности складывающейся из право- и дееспособности одновременно. Определенную роль здесь, вероятно, сыграло самое французское законодательство, пользующееся понятием состояния (capacite), а не право- и дееспособности. Сообразно с этим юристы различают не столько право- и дееспособность в пределах каж-

дого состояния, сколько отдельные виды самих состояний. Так, Бонне-каз насчитывает два состояния (политическое и семейное), Планиоль — три (политическое, частное, физическое), а Бодри-Лакантинери — пять элементов единого состояния (существование, имя, гражданство, семья, местожительство*)*. Но все они не сомневаются в том, что состояние есть способность как обладать правами и обязанностями, так и осуществлять их.

Оставляя в стороне чисто национальные особенности, различающие немецкую и французскую юриспруденцию, нельзя не напомнить об исторических традициях, под воздействием которых эти разногласия возникли. Как ни стремился Наполеон упразднить прогрессивные завоевания французской революции, слишком незначителен был отделявший его диктатуру от этих событий хронологический интервал, чтобы полное и откровенное пренебрежение ко всем еще памятным революционным лозунгам осталось незамеченным. В его кодексе поэтому центр тяжести перенесен на равнообъемность правовых состояний, вместо того, чтобы задерживать внимание на несовпадении их содержания, обусловленном разными причинами, включая наличие или отсутствие гражданской дееспособности. Немецкое гражданское законодательство складывалось и кодифицировалось в совершенно иной исторической обстановке, когда буржуазные революционные лозунги отошли в область забытого прошлого и потому отпали серьезные психологические преграды к ориентации всего лишь на минимум равных прав с перечислением всех возможных отклонений от этого минимума, включая вызванных ограниченной или отсутствующей дееспособностью. Отсюда и иная конструкция правосубъектности по ее соотношению с гражданской право- и дееспособностью.

Не приводя других контроверз, возникавших при оценке гражданско-правового положения личности в капиталистическом обществе, можно, однако, со всей определенностью сказать, что физическое лицо сохраняло значение отправного пункта в различных теоретических построениях лишь на ранних этапах формирования буржуазной цивилистической доктрины, современных тому общеисторическому периоду, когда новая экономическая сила только еще утверждала свое политическое господство. В дальнейшем личность отодвигается на задний план и, во всяком случае, не привлекает к себе такого внимания, какое сосредоточивается на юридических лицах — этих поистине универсальных правовых формах концентрации и в особенности централизации

капитала. И по мере того, как расширяются реальные потребности капитала в использовании названной формы, существенные изменения начинает претерпевать теория юридического лица.

Первыми к ее разработке обратились адепты исторической школы, прежде всего сам Савиньи[1], на этот раз не только не ополчившийся против естественно-правовой концепции, а наоборот, использовавший ее выводы в качестве исходных посылок для своих собственных построений. В самом деле, просветительная философия XVII—XVIII вв., объявляла субъективные права прирожденной принадлежностью физической личности, которая, будучи признана законом, объявлялась им также юридически правоспособной. Но юридические лица потому и называются юридическими, что они создаются не природой, а правопорядком, и представляют собой не естественные, а фиктивные образования, на которые искусственно распространяется юридическая способность правообладания. Возможность такого распространения зависит всецело от воли государства, а, следовательно, юридические лица должны создаваться в строго разрешительном порядке. Раз государство создает юридические лица, оно же вправе по собственному усмотрению их упразднить. Как искусственные образования, лишенные воли, юридические лица не могут быть субъектами уголовной ответственности. Но они вполне способны быть субъектами гражданской (имущественной) ответственности, которая означает для корпорации солидарную ответственность ее участников и для учреждения ответственность за чужие действия или действия других лиц.

Изложенная концепция, получившая наименование теории фикции, слишком прямолинейна в своей реакционности, чтобы на это могли не обратить внимание даже буржуазные юристы. Постулированная на реальности одних только физических лиц, она практически приводит к их полному поглощению фикцией, когда вопрос переносится в плоскость лиц юридических. Высказывались также опасения, что неуклонное следование ей должно было бы повлечь за собой признание фикцией самого государства. Но особенно чувствительными с точки зрения все более развивавшейся практики функционирования капитала были те ограничения свободы образования юридических лиц, на которых теория фикции настаивала. Они и сыграли решающую роль в весьма широком противопоставлении ей различных иных теоретических концепций.

[1] См. *Savigny*. System des heutigen romischen Rechts. 1840–1849. II, § 85 и сл.

В одной своей части, эти концепции опирались на юридические лица типа корпорации, которая создается путем объединения капиталов и действует в интересах ее участников. Такова, в частности, принадлежащая Планиолю теория коллективной собственности[1] . Суть ее состоит в том, что после образования юридического лица его имущество становится собственностью всего коллектива, причем в такой мере, что ни один из образующих этот коллектив индивидов не может считать себя собственником хотя бы какой-то части коллективного имущества. Самое же юридическое лицо есть не что иное, как своеобразный способ управления имуществом, принадлежащим коллективу. К той же группе концепций примыкает теория совместной собственности, принадлежащей каждому участнику корпорации целиком, без обозначения какой-либо доли, или теория ассоциации, согласно которой свободно заключенный многосторонний договор позволяет его контрагентам, условившись о соединении своих имуществ, полностью исключить последние из числа возможных объектов взыскания со стороны их личных кредиторов (Варейль-Соммьер, Ван-день Евель).

В другой своей части концепции, противопоставленные теории фикции, опирались на юридические лица типа учреждения, которое создается путем выделения имущества для строго определенных (например, благотворительных) целей и действует в интересах тех, кого данное учреждение обслуживает. Такова, в частности, принадлежащая Бринцу теория целевого имущества[2] . Суть ее состоит в том, что юридическое лицо личность бессубъектная. Оно представляет собой имущество, принадлежащее не какому-либо субъекту, а своему собственному предназначению — той цели, ради достижения которой определенный имущественный комплекс был подвергнут соответствующему правовому обособлению. Пока существует такая цель, то хотя бы исчезли все до единого определившие ее физические лица, сохраняется юридическое лицо в своем качестве Zweckvermogen — целевого имущества. К той же группе концепций примыкает теория органа, должностного имущества или должностной личности, строящаяся на предположении, что если сущность субъективного права состоит в закрепленных им границах власти, а субъект права эту власть осуществляет, то и подлинными носителями правосубъектности юридического лица должны считаться возглавляющие его должностные лица (Серман, Гельдер).

---

[1] См.: *Planiol.* Traite elementaire de droit civil. I. 1908. P. 985–986.

[2] См.: *Brinz*. Lehrbuch der Pandekten. I. 1857. § 59–63.

Предпринимались также попытки сконструировать теоретическую модель, которая была бы способна обнять юридические лица как корпоративного, так и учрежденческого типа. Особенно выделяется в этом смысле конструкция, разработанная Иерингом[1]. Следуя своим взглядам на субъективное право как юридически защищенный интерес, Иеринг отмечает, что у юридического лица нет и не может быть своих собственных интересов, а если оно, тем не менее, получает практическое использование, то лишь в качестве такого приема юридической техники, который содействует удовлетворению интересов стоящих за юридическим лицом подлинных дестинатариев его субъективных прав. В корпорации не юридическое лицо как таковое, а отдельные ее члены являются действительными субъектами права, поскольку создание корпорации связано с удовлетворением их интересов, а правовая защита последних осуществима при помощи иска, обращенного против корпорации ее участником. В учреждении роль подлинных субъектов принадлежит тем индивидам, для обслуживания которых оно образовано, а известное еще Древнему Риму actio popularis обеспечивает исковую защиту этих интересов, несмотря на то, что в отличие от корпорации, учреждению не известны начала членства.

Нетрудно заметить, что охарактеризованные концепции, которые по замыслу их авторов должны были бы противостоять теории фикции, во многих случаях сами далеко не полностью освободились от ее влияния. Особенно наглядно это проявляется в рассуждениях Иеринга, различающего юридическое лицо как всего лишь прием правовой техники и отдельных дестинатариев как реальных обладателей субъективных прав. Достичь же полного разрыва с фикцией Савиньи удалось лишь тем, кто противопоставляет ей свою собственную фикцию — юридическое лицо как начисто деперсонифицированного субъекта, замененного коллективным, целевым или должностным имуществом. Несмотря, однако, на очевидную теоретическую непоследовательность, существенные практические сдвиги были все же достигнуты. В самой большой степени это удалось теории, дедуцирующей фигуру юридического лица из свободно заключаемого договора, так как если разрешительная система не распространяется на договор, то с нею нельзя связывать и возникновение юридических лиц, образуемых при его помощи. Но этот фактический вывод не ставится под сомнение и сторонниками иных взглядов,

[1] См.: *Jhering.* Geist des römischen Rechts. III. S.356–360.

ибо хотя, например, концепция приема юридической техники логически должна была бы прийти к оправданию разрешительной системы, автор названной концепции о ней даже не упоминает. Что же касается теории коллективной собственности, то она обнаруживает готовность поддержать аналогичное практическое решение, не гнушаясь использованием в этих целях «коллективистской» трактовки частнокапиталистического строя имущественных отношений.

Однако, окончательная замена разрешительной системы явочной приурочивается не к перечисленным концепциям, а так называемой органической теории, несмотря на то, что чисто хронологически она моложе одних, но старше других охарактеризованных конструкций юридического лица. Своими методологическими корнями органическая теория уходит в философию Спенсера. Юридическое содержание этой теории было разработано Гирке[1].

Исходное значение для Гирке приобретает проводимое им различие между романистской и германистской концепциями. Первая индивидуалистична: она признает реальными только физических лиц, объединения которых поэтому и становятся не более чем фикциями, создаваемыми правопорядком. Вторая, нашедшая свое воплощение еще в средневековых немецких общинах, корпоративна: она признает реальными также объединения, которые, как и физические лица, появляются независимо от права, но, подобно последним, обязаны праву приобретением свойства правосубъектности. Объединение — живой организм, живая личность, в каких бы разновидностях оно не рассматривалось. Душой корпорации является ее общая воля, а телом — организм союза, как в учреждении душа — это воля учредителя, а тело — такое органическое установление, благодаря которому, разные люди в продолжение длительного времени становятся служителями учредительной воли. Объединенное лицо — не только право-, но и дееспособно. Это не «мертвое понятие», требующее чтобы его представляли другие лица, а живущее существо, которое как таковое волит и действует. В актах своих органов и руководителей оно выступает столь же непосредственно, как и отдельное лицо в речах, произносимых его устами, и в действиях, совершаемых его руками. Будучи организмом, но организмом общественным, оно, с одной стороны, как и человек, обладает

[1] См.: *Gierke.* Deutaches Privatrecht. 1905. S. 469 и сл.

телом с головой и членами, а с другой стороны, в отличие от человека, допускает правовое регулирование своих внутренних взаимоотношений. Но поскольку способность к правообладанию порождена его собственным естеством, объединение появляется, ни у кого не спрашивая на это санкции. Не разрешение, а простое признание со стороны государства сообщает объединению как реальному организму правовое качество юридического лица.

Как видим, концепция Гирке открывает для образования юридических лиц самый широкий простор. Однако насквозь пропитанная националистическим духом, она, по крайней мере, за пределами Германии, вызывала к себе весьма настороженное отношение, а пропагандируемая ею биологизация правовых явлении не могла на рубеже XIX—XX вв. не производить впечатления слишком наивного анахронизма. Критика этой концепции, как, впрочем, одновременно и развитие ее, породили новую конструкцию юридического лица — теорию социальной реальности, разработанную французскими юристами Мишу и Саллейлем[1].

При этом Саллейль прямо заявляет, что он полностью присоединяется к Гирке в признании реальности юридических лиц, с одной лишь существенной оговоркой: это — не биологическая или биосоциальная, а всецело и исключительно социальная реальность. Цементирует такую реальность свойственное ей единство воли, которое в свою очередь обусловливается единством целей в ассоциации (корпорации) и определенной учредителем единой предназначенностью в учреждении. В ассоциации многочисленные воли формируются в единое целое благодаря ее органам, а единая воля учредителя переживает его самого в учреждении благодаря определенной системе организации последнего. Как ассоциации, так и учреждения опираются на соответствующий имущественный субстрат, служащий достижению определенных целей и удовлетворению определенных интересов. В целом же юридическое лицо есть социальная реальность, которая, опираясь на определенный имущественный комплекс и обладая общей волей, представляет собой связь людей, служащую их общим интересам и достижению единой цели.

Оцениваемая в описательном плане, теория социальной реальности обладает тем несомненным преимуществом, что ей удалось выявить

[1] См.: *Michod.* La theorie de la personalite morale. I. 1906; *Salleilles.* Da la personalite juridique. 1910.

свойственные юридическим лицам самые общие признаки и более или менее адекватно выразить их в своих построениях с одновременным обоснованием без какого бы то ни было биологизма таких же практических выводов, к которым приходил Гирке, не покидая чисто биологической почвы. Но подлинное общественное содержание юридического лица, специфика порождающих его и закрепляемых им реальных общественных отношений остались для рассматриваемой теории такою же «вещью в себе», как и для всех без исключения ее предшественниц. Не удовлетворяла она и важным с точки зрения господствующих сил практически-политическим потребностям, так как если этим силам явочная система была нужна для образования юридических лиц типа корпораций, то применительно к учреждениям их гораздо больше устраивала система разрешительная. Ей были также свойственны сугубо конструктивные недостатки, связанные с формированием юридически значимой воли, выражением этой воли и т.п., которые вызывали со стороны ее противников многочисленные возражения.

Однако дальше теории социальной реальности цивилистическая доктрина промышленного капитализма так и не продвинулась. Более того, впоследствии она принесла в жертву и те позитивные выводы, которых ей удалось в известном объеме достичь. Во имя чего нужна была такая жертва? Вот как обосновывает ответ на этот вопрос известный русский цивилист Дювернуа[1] .

Понятие личности в гражданском праве всегда, по его мнению, представляет собой результат определенной юридической переработки, идет ли речь о лицах физических или юридических. Эта переработка приводит к созданию обособленной сферы правоотношений, обладающей признаками постоянства и объективной распознаваемости. Необходимость подобного изменения гражданских правоотношений обусловлена не теми или другими свойствами и потребностями отдельных лиц, а интересами самого гражданского оборота. И когда мы обособляем правоспособность союза от правоспособности членов, разъединяем сферы их прав и обязанностей, т. е. создаем юридическое лицо, мы прибегаем тем самым лишь к определенному техническому приему, позволяющему выявить место привязки правоотношений. Всякого рода

[1] См.: *Дювернуа.* Чтения по гражданскому праву. вып.1. с. 262 и сл. См. также *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности.— С. 416 и сл; *Ельяшевич.* Юридическое лицо, его происхождение и функции в Римском частном праве. 1910.— С. 23–24.

иные попытки углубления содержания юридического лица, обнаружения его скрытой сущности лишены научного смысла, ибо это явление не имеет никакой другой сущности, кроме очевидной до осязаемости: юридическое лицо — всего лишь центр приражения (приурочения) прав, технический прием их объективной по месту и времени распознаваемости. Сказать что-либо большее юриспруденция и не должна и не может.

Так завершился анализ проблемы юридического лица в буржуазной юриспруденции домонополистического периода. Он был исчерпан столь же бесплодно, как и стремление выявить различие между публичным и частным правом: от обилия концепций — к тощим узко прикладным выводам, от постановки вопроса — к откровенному и полному отказу от него.

II. Цивилистическая доктрина империализма

Из числа двух групп субъектов гражданского права — лиц физических и юридических — цивилистическая доктрина империализма сосредоточивается почти исключительно на последних, уделяя первым более чем скромное внимание, ограниченное едва ли не всецело оценкой правовой природы соответствующего явления.

В начале XX в. Дюги и стоявшие на аналогичных позициях его современники пытались вовсе упразднить категорию правосубъектности. При этом сам Дюги противился сохранению названной категории в принципе, независимо от ее конкретной отраслевой принадлежности. Как отмечается в его курсе Конституционного права, не существует субъективных прав, то не может существовать и обладающих правосубъектностью их носителей[1]. Пребывавшие в том же теоретическом фарватере буржуазные цивилисты защищали сходные выводы, оперируя, однако, не любыми вообще, а лишь гражданскими субъективными правами. Так, германский юрист Шварц, для которого призвание права состоит в том, чтобы обеспечивать достижение определенных целей, лишь по внешней видимости индивидуальных, а по сути своей общественных, предлагал исключить из научного обихода понятие субъекта права, заменив его понятием правовой цели[2]. От этой ликвидатор-

[1] См.: *Duguit L.* Traite de droit conslitutionel.— Paris, 1921.— P. 208.

[2] См.: *Schwarz.* Rechtssubject und Rechtszweck, Archiv für bürgerliches Recht.— Berlin, 1908.— S. 84.

ской в отношении правосубъектности ориентации недалеко ушли установки как психологической школы, переносившей субъекта права из реального мира в область психических переживаний, так и школы нормативной, объявлявшей его не более чем внешним рефлексом юридической нормы, телесным олицетворением последней.

Но если в годы, предшествовавшие второй мировой войне, концепции такого рода еще могли кое-кого завораживать своей не выходящей за рамки «чистой» науки «оригинальностью», то распознанная во всей ее отвратительности в военное время кровавая практика немецкого фашизма, пытавшегося не на словах, а на деле упразднить человека как личность, превратить его из субъекта в объект, не могла не вызвать, пусть с большим опозданием и дорогой ценой, даже и буржуазном правоведении известного отрезвления. В работах, опубликованных во время войны и вскоре после ее окончания, категория правосубъектности не только не ставится под сомнение, а наоборот, берется под прямую защиту против нападок со стороны былых ее критиков.

Вот что, например, в 1947 г. писали авторы, считавшие себя учениками Дюги и посвятившие его памяти свою книгу.

«Дюги отрицает существование субъективного права как такового... ибо оно заключается в особом качестве человеческой воли подчинять себе волю других лиц...», между тем как «внутренняя природа» этой воли делает ее непознаваемой, и в то же время «любые воли равны, включая волю управляющих и управляемых». В действительности, однако, когда, например, «собственник решает использовать вещь определенным способом... за ним признается соответствующая власть не во имя его воли, а во имя его законного интереса... В субъективном праве имеется, таким образом, два элемента: существенный, первичный, составляющий его основу,— интерес как индивидуальное или коллективное благо; необходимый для его реализации вспомогательный элемент — воля... Субъективное право, понимаемое таким образом, неопровержимо и предполагает существование субъекта права», поскольку «оба элемента субъективного права должны быть привязаны к определенному лицу»[1].

Приведенное высказывание — один из вариантов защиты понятия правосубъектности в ряду многократных иных попыток теоретического его оправдания. Но чаще всего современная цивилистическая литера-

[1] *Brethe de la Gressaye*. Labord-Lacoste. op. cit. P. 344–346.

тура капиталистических стран оперирует этой категорией как очевидной и разумеющейся, а потому не требующей вовсе специальных объяснений[1]. Если в связи с нею иногда и возникает дискуссия, то по поводу либо сугубо практических вопросов (касающихся, например, опеки, безвестного отсутствия и т. п.), либо отдельных форм проявления, а в некоторых случаях соприкосновения правосубъектности со смежными юридическими ситуациями (правоспособностью, правообладанием и т. п.).

Так, еще в начале XX в. немецкий юрист Зеккель обратил внимание на то, что порождаемые правосубъектностью юридические возможности менее насыщены реальными предпосылками правообладания, чем обеспечиваемые уже приобретенными правами, фактически установленными правоотношениями (ср., например, общую способность к имущественному страхованию, принадлежащую каждому, и одноименную конкретную способность, имеющуюся у собственника страхуемого имущества). Этот ход рассуждении привел Зеккеля к выводу о существовании, наряду с правосубъектностью (правоспособностью) и субъективными правами, также особых юридических феноменов, названных им образующимися или секундарными правами[2]. Но если теория секундарных прав широкой поддержки не встретила, то отмеченная ее автором дифференциация правовых возможностей вызвала значительный интерес и была использована при конструировании в дополнение к понятию гражданской правоспособности понятия гражданско-правового состояния. В частности, согласно одной из трактовок этого последнего, нужно различать правовое состояние в объективном и в субъективном смысле. Первое и есть правоспособность, определяемая законом заранее и самым общим, абстрактным образом (например, юридическое состояние, обусловленное возможностью стать собственником, наследником, договорным контрагентом). Второе — правовое состояние особого рода, определяющее юридические позиции лишь данного конкретного индивида и зависящее от совершаемых им или по отношению к нему другими лицами конкретных юридических актов (например, заключенного договора, совершенного завещания или каких-либо других гражданско-правовых сделок).

---

[1] См., напр.: *Л. Жюллио дела Морандьер.* Гражданское право Франции. Т. 1.— М., «ИЛ», 1958.— С. 219 и сл.

[2] См.: *Seckel E.* Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, Festgabe für Koch.— Berlin, 1903.— S. 205–253.

Отталкиваясь от этой двухчленной градации, первоначально введенной для правовых состояний физических лиц, буржуазная цивилистика периода империализма формулирует исходные основы своего учения о лицах юридических[1]. Появление юридического лица связывается ею с реализацией физическими лицами абстрактной способности к его образованию (правовое состояние в первом смысловом значении), а как некое постоянное или даже вечное правовое единство, независящее от создавших его индивидов, юридическое лицо проявляет себя в конкретных правоотношениях, участником которых оно становится (правовое состояние во втором смысловом значении). При переносе центра тяжести на производность от физических лиц юридическое лицо объявляется искусственным, фиктивным образованием. Но, акцентируя внимание на независимости от образовавших его индивидов, можно уже изображать юридическое лицо как вполне реальный правовой организм. На этой гносеологической почве и происходит столь характерное для трактовки юридических лиц в цивилистической доктрине империализма чередование фикционных и реалистических теорий. Ясно, однако, что, помимо гносеологических, оно вызывается также определенными социальными причинами.

Известно, что обеспечиваемое институтом юридического лица важнейшее практическое преимущество проистекает из ограничения ответственности каждого его участника суммой внесенного капитала. Вследствие этого юридическое лицо становится весьма привлекательным способом объединения капиталов, приобретающим для их централизации несомненное стимулирующее значение. Недаром американский юрист Флетчер писал, что «ограниченная ответственность корпорации — наиболее значительное открытие современного человека... Менее важным было даже открытие пара и электричества, которые без корпораций оставались бы сравнительно немощными»[2]. Это «открытие» новейшая буржуазная практика использует достаточно широко и притом иногда в совершенно неожиданной форме. Например, чтобы ограничить объем своей ответственности, крупные капиталистические предприниматели зачастую дробят принадлежащее им имущество на части, оформляя каждую из них как самостоятельное юридическое лицо.

Обосновать появление подобных одночленных юридических лиц (one man company, Einmanngesellschaft) невозможно, оставаясь в гра-

[1] См., напр.: *Grange W. J.* Corporation law.— New York, 1946.— P. 3.

[2] *Fletcher I.* Cyclopedia of the law of corporation.— New York, 1917.—P. 21.

ницах реалистических теорий. Но, как отметил западногерманский юрист Леман, они вполне объяснимы при помощи теории фикции, не требующей проникновения в суть вещей и довольствующейся простой констатацией появления искусственного юридического образования[1].

К чему подобная теоретически оправдываемая практика приводит, свидетельствует факт, с которым столкнулась и который санкционировала английская палата лордов, когда некий делец образовал корпорацию целиком из членов своей семьи, а затем сам же заключил с нею кредитную сделку под залог ее имущества и взыскал «причитающийся» ему долг преимущественно перед другими кредиторами, вовсе не получившими удовлетворения своих претензий[2]. Но поскольку главное назначение юридического лица усматривается в обособлении ответственности, то, по признанию даже отдельных буржуазных юристов, фикцию одночленных юридических лиц вызвали к жизни функционирование самого капитала и различные экономические манипуляции как неизбежный его спутник[3].

При всех, однако, обеспечиваемых теорией фикции практических удобствах она страдает, с точки зрения реальных жизненных потребностей современного капитализма, весьма существенными недостатками. Во-первых, обусловливаемая ею разрешительная система образования юридических лиц вполне приемлема для учреждений, позволяя буржуазному государству держать под строжайшим контролем общественную самодеятельность различных слоев населения, воплощаемую в определенных организационных формах. Но эта система совершенно несовместима со свободным формированием корпораций как необходимым условием централизации капитала в свойственных империализму масштабах. Во-вторых, играющие видную роль в современной буржуазной идеологии демагогические концепции «акционерной демократии», «народного капитализма» и т. п.[4] потому и могут притязать на кажущуюся реалистичность, что хотя и искажая до неузнаваемости, но все же оперируют в подтверждение своих выводов действующими легальными правилами об образовании акционерных компаний и порядке управления их делами. Понятно, однако, что если бы правосубъект-

[1] См.: *Lehmann H.* Handelsrecht. II Teil.— Berlin, 1949. S. 18–19.

[2] См.: *Metcalf 0.* General principles of english law.— London, 1962.— P. 112–113.

[3] См.: *Rommelspacher*. Der Konkurrenzbegriff.— Köhin, 1964. S. 58–59.

[4] См. их изложение и критику у *Мозолина В. П.* Корпорации, монополии и право в США.— Изд. МГУ, 1966.— С. 98 и сл.

ность таких компаний была объявлена фикцией, искусственно созданной правопорядком, у названных теорий исчезла бы даже вводящая в заблуждение чисто внешняя видимость некоей достоверности. Нет поэтому ничего удивительного в том, что еще более широко, чем теорию фикции, цивилисты современного капитализма пропагандируют реалистическую теорию юридических лиц, развиваемую в трех основных вариантах.

Первый из них, и притом самый элементарный, сводится к простой констатации того легально едва ли оспоримого факта, что юридическое лицо и образовавшие его физические лица — совершенно самостоятельные, друг от друга независящие субъекты. Как утверждают сторонники подобным образом интерпретируемой реалистической теории, суть дела в том и состоит, что «корпорация есть отделенное от своих участников юридическое единство, и ее имущество принадлежит ей самой, ее договоры олицетворяются только ею, ее долги не могут быть возложены на участников и должны взыскиваться с самой корпорации, а деликты, совершенные ее работниками при исполнении своих обязанностей или ее агентами в пределах своих полномочии, должны вменяться в ответственность корпорации в такой же мере, в какой от ее имени должны исходить предъявляемые ею гражданские иски...»[1].

Второй, существенно осложненный вариант реалистической теории уже не ограничивается простым перечислением одних только законодательных правил, отделяющих юридическое лицо от образовавших его физических лиц, и стремится в самой субстанции юридического лица обнаружить качества, делающие его таким же реальным субъектом права, каким является лицо физическое. Как подобные устремления реализуются практически, об этом красноречиво свидетельствует следующее высказывание: «...юридические лица, как и лица физические, являются подлинными субъектами в философском смысле слова. Ибо что такое субъект на самом деле? Это существо, которое осознает свою цель, управляет ею и отвечает за свои действия. Но разве не точно так же обстоит с юридическими лицами, если учесть, что их органы и даже простые члены осознают подлежащую реализации идею, деятельность юридического лица определяется решениями и действиями его членов, наконец, оно несет гражданско-правовые и, в известной мере, уголовно-правовые последствия своих действий?»[2].

[1] *Lattin N.* The law of corporation.— Brooklyn, 1959.— P. 60.
[2] *Brethe de la Gressaye*.— Labord-Lacoste. op. cit.— P. 363.

Третий вариант, примыкая ко второму в поисках метаюридических признаков реальности юридических лиц, тем от него отличается, что выводит такие признаки, ориентируясь не на юридическое лицо непосредственно, а на образующих его и не вызывающих сомнений в своей реальности физических лиц. При этом подчеркивается, что как данная личность человек индивидуален, но как человек он становится носителем известной общности, лежащей в основе самого понятия человека. Таков неотъемлемый от человеческой личности чисто естественный дуализм. Ему соответствует зафиксированный в законе дуализм юридический: в качестве определенной индивидуальности человек есть физическое лицо, но, будучи носителем свойственной людям общности, он приобретает легальную персонификацию в юридическом лице. Следовательно, юридическое лицо, в конечном счете, есть такое же творение природы, как лицо физическое. Это — сам человек, но лишь в специфическом своем проявлении, в признанном для него законом особом правовом состоянии[1].

Такое состояние, выводимое в первом варианте реалистической теории всецело из текста закона, должно, согласно второму и третьему вариантам, производить тем большее впечатление, что питательным его источником объявляются разнообразные неправовые факторы, почерпнутые из социальной среды и естественных обстоятельств. Но поскольку те же факторы занимают центральное место в относящихся к недавнему прошлому органической теории и теории социальной реальности, новоявленные реалисты для претензий на научную оригинальность имеют не больше оснований, чем противостоящие им новоявленные приверженцы юридической фикции.

К тому же и мысль об антагонизме этих казалось бы взаимоисключаемых построений подсказывается скорее их наименованием, чем существом дела. Если буржуазное общество для обслуживания различных своих запросов, связанных с порядком образования юридических лиц, соотношением между ними и их учредителями, выявлением субъекта и установлением пределов имущественной ответственности, нуждается в несовпадающих правовых концепциях, то за внешней непримиримостью последних не может в действительности не скрываться их внутренняя взаимоприспособляемость. Что кажущийся антагонизм теории фикции и реалистической теории не составляет в этом смысле

[1] См.: *Stevens R.* Handbook of the law of private corporations.— St. Paul, 1949.— P. 49.

какого-либо исключения, доказывают неоднократно повторяющиеся попытки соединенного их использования при объяснении сущности юридического лица. Весьма характерна в этом отношении аргументация следующего содержания: будучи носителем коллективного интереса, корпорация, бесспорно, является социальной реальностью; однако эта реальность трудно согласуется с правом, адресованным живому человеку; но чтобы охрана коллективного интереса была тем не менее обеспечена, право прибегает к фикции присваиваемого корпорации состояния юридического лица[1]. Тем самым корпорация выступает как фикция и реальность одновременно с использованием по отношению к ней таких вытекающих из двух названных теорий практических выводов, которые в каждом отдельном случае представляются наиболее удобными.

Как бы, однако, ни характеризовалось юридическое лицо в смысле определенного правового понятия, его практическая целенаправленность в качестве специфической формы управления имуществом не подвергается какому-либо оспариванию. Но если такова приурочиваемая к этому институту служебная роль, то не могут притязать на самодовлеющее значение и относящиеся к нему теоретические конструкции. Последние выполняют хотя и важную, но все же не более чем вспомогательную функцию, уступая ведущее место другому подразделению цивилистической доктрины — учению о праве собственности как центральном институте буржуазного гражданского права и всей вообще правовой системы капиталистических государств.

III. Цивилистическая доктрина СССР

А. Правосубъектность граждан

Сущность правосубъектности граждан. В отличие от понятия советского гражданского права, привлекавшего к себе внимание уже со времени образования социалистического государства в нашей стране, проблема гражданской правосубъектности впервые ставится в цивилистической науке лишь в связи с проведением первой кодификации советского гражданского законодательства. При этом, поскольку первоначально гражданская правосубъектность обычно отождествлялась с частноимущественной, товарно-денежной персонификацией, которая в первые годы после победы Октябрьской революции не могла найти

[1] См.: *Voirin P.* Op. cit. P. 38–39.

широкого применения, иногда утверждалось, что якобы «в течение нескольких лет (1918–1923) мы были свидетелями почти полного отсутствия частноимущественной правоспособности»[1].

Это утверждение верно лишь в том смысле, что до принятия ГК 20-х гг. отсутствовала общая легальная формула о гражданской правоспособности и до введения НЭПа экономические процессы протекали почти без какого бы то ни было использования товарно-денежной формы. Но ни революционная, ни законодательная практика не исключала индивидуальной собственности в определенных размерах, ее наследования, не выходящего за установленные рамки, а также таких меновых отношений между гражданами, которые не наносили урона в борьбе со спекуляцией, мешочничеством и т. п. Понятно, что в тех же пределах законодательство и практика санкционировали гражданскую правосубъектность советского гражданина независимо от того, содержалось ли в законе прямое упоминание о ней.

Провозглашение общей законодательной формулы о гражданской правоспособности физического лица[2] совпало с введением НЭПа и нашло свое отражение сначала в Законе об основных частных имущественных правах от 22 мая 1922 г.[3], а затем в ГК РСФСР и ГК других советских республик. Вместе с тем в ст. 4 ГК РСФСР, как и в аналогичных статьях других республиканских гражданских кодексов, отмечалось, что граждане наделяются правоспособностью «в целях развития производительных сил страны». Каждый из этих фактов и был положен в основу определенного теоретического истолкования сущности гражданской правосубъектности, признанной советским законом за гражданами: первый используется для трактовки ее в духе меновой концепции, а второй — в духе теории социальных функций.

Ни по кругу ее сторонников, ни по времени ее распространения теория социальных функций никогда не занимала господствующих позиций в учении советских юристов о гражданской правосубъектности. Объяснение этому нужно искать в перенесении ею центра тяжести с

---

[1] *Гойхбарг А. Г.* Основы частного имущественного права.— С. 53.

[2] Этот термин, несмотря на его «естественно-правовое» происхождение, не только широко применялся в законе, но и не ставился под сомнение в теории, пока не был подвергнут критике С. Н. Братусем (см.: *Братусь С. Н.* Субъекты гражданского права.— М., 1950.— С. 32) и постепенно не оказался вытесненным как из легального, так и из научного обихода.

[3] СУ РСФСР 1922, № 36, С. 423.

признания субъективных прав за гражданами на их ограничения, на установление границ, в которых носитель права объявляется обязанным следовать определенному поведению. Как писал наиболее видный глашатай этой теории А. Г. Гойхбарг, «и ограничение защиты прав, если они осуществляются в противоречии с их социально-хозяйственным назначением, и предоставление прав в целях развития производительных сил и не восполнительный, а наоборот, обязательный характер установленных в законе договорных норм, и допущение вмешательства органов власти в отношения между гражданами в целях предотвращения кабальных сделок,— словом, все эти постановления, стирающее у нас грань между правом гражданским, частным и публичным, все они направлены на то, чтобы обуздать произвол, даваемый частной собственности, чтобы ввести этот произвол в разумные, не выходящие за пределы поставленной цели, а потому и допустимые с точки зрения нашего правопорядка рамки»[1].

Иначе обстояло с меновой концепцией, которая в продолжение всего периода НЭПа доминировала в общем учении о советском гражданском праве, а потому вплоть до конца 20-х гг. оказывала решающее влияние и на цивилистическое учение о правосубъектности граждан. Даже в 1928 г. при комментировании норм ГК РСФСР о лицах С. Н. Ландкоф, ссылаясь на работу Е. Б. Пашуканиса «Общая теория права и марксизм», писал, что именно ввиду необходимости обеспечить обращаемость товаров на рынке «законодатель декларирует защиту имущественных прав граждан в пределах своих законов и признает этим самым всякого гражданина носителем имущественных прав или, выражаясь традиционной терминологией, физическим лицом, субъектом прав»[2]. И дальше: «Человек представляет собой реальное явление как создание живой природы и столь же реальное явление в классовом обществе как товаровладелец, а, следовательно как «правовладелец», как субъект права».[3]

Нельзя не признать, что обе концепции ориентировались на реальные жизненные факты — самую природу НЭПа как политики, которая при допущении в известных пределах частнокапиталистического хозяйственного уклада рассчитана в конечном счете на полную и окончательную победу социализма. Но каждая из них акцентировала внимание

[1] *Гойхбарг А. Г.* Основы частного имущественного права.— С. 52.
[2] *Ландкоф С. Н.* Субъекты права (лица).— М., 1928.— С. 9–10.
[3] Там же.— С. 10.

лишь на одной из сторон НЭПа: ограничительной в отношении частной собственности, послужившей поводом к перенесению на советскую почву теории социальных функций, и дозволительной в отношении той же частной собственности, породившей предпосылки для формирования меновой концепции. Отсюда односторонность, а значит, и ошибочность самих этих концепций, которые при всей своей противоположности приводят к совпадению вытекающих из них итоговых выводов: если, согласно меновой концепции, гражданская правосубъектность с упразднением частнотоварного оборота вовсе отомрет, то соответственно теории социальных функций те же экономические преобразования должны, взамен ограничения правоспособности социальными функциями, вызвать полное вытеснение первой вторыми. Но так как в своих исходных посылках названные концепции существенно расходились друг с другом, это оказывало влияние на оценку, которую их авторы давали не только сущности, но и объему правоспособности граждан по советскому гражданскому праву.

С чисто социальной точки зрения гражданская правоспособность в советском обществе была существенно расширена по сравнению с ее границами, установленными буржуазным законом. Г. М. Марков, один из последователей А. Г. Гойхбарга, как раз и отмечал это обстоятельство, когда, упомянув о допустимости ограничения правоспособности по суду, указывал, что все прочие обстоятельства, влияющие на объем правоспособности в большинстве капиталистических государств (пол, раса, национальность и т. п.), не учитываются при определении ее объема в СССР, а такой факт, как социальное происхождение, в предусмотренных законом случаях вызывает прямо противоположные последствия в условиях буржуазной и советской действительности[1].

Но если рассматривать этот же вопрос через призму товарно-денежных отношений, положение меняется коренным образом. С. И. Аскназий, примыкавший тогда к меновой концепции, как раз и обращал внимание на эту сторону дела, когда писал: «По сравнению с дореволюционным правом, а равно с правом капиталистических государств объем правоспособности граждан Советской республики является более ограниченным: так, по действующему законодательству им не могут принадлежать права собственности на земельные имущества и крупные промышленные предприятия, они лишены права производства опе-

[1] См.: Гражданский кодекс РСФСР. Комментарии под ред. А. Г. Гойхбарга и И. Г. Кобленца.— М.—Л., 1935.— С 37–38.

раций по внешней торговле... Такое сужение правоспособности находит обоснование в том, что, ввиду сосредоточения в Советском Союзе многих хозяйственных функций исключительно в руках государственных органов, объем имущественных прав граждан оказывается значительно более ограниченным»[1].

Объем правоспособности должен выявляться на основе единства всех образующих ее элементов, в которых проявляется общественно-юридическое состояние лица как отражение его социального, экономического и правового положения.

После закрепления в ГК 20-х гг. норм о гражданской правосубъектности она неизменно конструируется нашим законом как в принципе равная для всех граждан. Лишь в отдельных случаях первые советские гражданские кодексы требовали дифференцированного подхода к трудящимся и нетрудовым элементам. В то же время политическая правосубъектность тех и других различалась существенным образом: нетрудовые элементы были лишены всех политических прав, за исключением права советского гражданства, тогда как трудящиеся, будучи носителями разнообразных политических прав, обладали ими в объеме, зависевшем от того, какую конкретную социальную прослойку они представляли.

В связи с этим в теории гражданского права делались попытки различать общую и специальную правоспособность. Под общей правоспособностью понималась способность обладать любыми или хотя бы какими-то правами, а в ее пределах выделялись два вида специальной правоспособности — политическая и гражданская. Различие между названными видами специальной правоспособности усматривалось в том, что первая строится как неравная для разных классов и прослоек, а вторая — как равная для всех граждан, не ограниченных в правах по суду.[2]

Поскольку равенство гражданской правоспособности было закреплено в самом законе,[3] его не могли игнорировать сторонники как меновой концепции, так и теории социальных функций. К тому же первые видели в самом этом правиле одно из несомненных доказательств своей научной правоты, ибо, по их мнению, равенство гражданской правоспособности тем, собственно, и обусловлено, что «речь идет не о пра-

[1] *Аскназий С. И.* Очерки хозяйственного права СССР.— С 30.

[2] *Магазинер Я. М.* Советское хозяйственное право.— С. 73.

[3] См., напр: ст. 4 ГК РСФСР 1922 г.

вах гражданина как такового, а о правах человека как товаровладельца, о правах имущественных»[1]. Вторые, напротив, не находили противоречия между указанным законодательным правилом и своей теоретической конструкцией, поскольку гражданская правоспособность равного объема признается за всеми гражданами «при том непременном условии и тогда, когда осуществляемое ими право содействует развитию производительных сил»[2]. Но так как научное обоснование равенства имущественной правоспособности не было органически связано только с меновой концепцией или теорией социальных функций, оно проводится в советской цивилистической доктрине и после преодоления этих концепций, встречая поддержку со стороны одних и критику со стороны других теоретических установок, сложившихся в нашей науке к концу 20-х — началу 30-х гг.

Так, П. И. Стучка, развивавший двухсекторную теорию, отмечал, что субъекты административно-хозяйственного права — тресты и другие хозяйственные организации, поскольку на них возложено выполнение различных задач, располагают несовпадающими юридическими возможностями. В отличие от этого граждане как субъекты гражданского права должны быть правоспособны в одинаковом объеме: «Как право, так и дееспособность являются способностями, социально-публично присвоенными всякому лицу при существовании известных условий (возрастных, физических и т. п.)»[3]. Здесь, по мнению П. И. Стучки, и заключено одно из специфических качеств гражданской правоспособности по сравнению с политическими правами, объем которых зависит от классового положения и социального происхождения их носителей.

Иначе решала тот же вопрос противопоставленная в первой половине 30-х гг. двухсекторной теории концепция единого хозяйственного права. Объявив хозяйство главным, если не единственным, объектом хозяйственно-правового регулирования, авторы, развивавшие эту концепцию, вообще не придавали существенного значения проблеме правосубъектности граждан. В учебнике по хозяйственному праву 1935 г. она освещалась в разделе, озаглавленном «Организационная структура народного хозяйства СССР», после анализа правосубъектности государ-

---

[1] *Ландкоф С. Н.* Субъекты права (лица).— С. 12.

[2] *Марков Г. М.* В кн.: Комментарий к ГК РСФСР под ред. А. Г. Гойхбарга и И. Г. Кобленца.— С. 37–38.

[3] *Стучка П. И.* Курс советского гражданского права. Т. II.— С. 42–46.

ственных и кооперативных организаций в главе под общим наименованием «Частное лицо»[1]. Автор этой главы В.И. Сливицкий основное внимание сосредоточивал не на общем правиле о равной правоспособности, закрепленном в ГК союзных республик, а на отдельных отступлениях от него, вплоть до дифференцированного нормирования отпуска продовольственных товаров гражданам в условиях карточной системы начала 30-х гг. Сама же идея равной гражданской правоспособности объявлялась им чуждой советскому праву, появившейся в результате некритического заимствования из буржуазного общества принципа формального равенства всех перед законом.

Подобный подход к рассматриваемой проблеме был предопределен не только теоретической спецификой хозяйственно-правовой концепции 30-х гг., но и тем, что она развивалась на исторически переломном этапе, в условиях борьбы за полную ликвидацию кулачества в деревне и частного предпринимательства в городе. Выполнение этой важнейшей социально-исторической задачи внесло коренные изменения в содержание принципа равной гражданской правоспособности. Если раньше равная правоспособность не исключала классовых антагонизмов, выраженных в конкретных субъективных правах, то, как только с такими антагонизмами было покончено, известные элементы неравенства могли уже проявиться лишь в несовпадении потребностей и способности к труду при равной оплате за равный труд. Понятно, что до тех пор, пока сохранялось классовое, социальное неравенство, советский закон мог нейтрализовать его при помощи особых юридических мер, обеспечивавших повышенную охрану интересов стороны, слабой в экономическом отношении. Когда же от классового неравенства не осталось и следа, принцип юридического равенства провозглашается уже не только как всеобщий, но и как не допускающий каких бы то ни было отступлений от него. В таком качестве этот принцип и был закреплен в Конституции СССР 1936 г.

Исторически осуществление отмененных важнейших законодательных нововведений почти совпало по времени с отказом от хозяйственно-правовой концепции и переходом советской цивилистической науки на позиции единого гражданского права. Поэтому уже в учебнике по гражданскому праву 1938 г., созданном под непосредственным воздействием происшедших социальных и законодательных преобразова-

[1] Курс советского хозяйственного права / Под ред. Л. Я. Гинзбурга и Е. Б. Пашуканиса. т. I.— С. 239, 273, 315, 359.

ний, а также изменением цивилистических научных воззрений, С. Н. Братусь связывал правосубъектность граждан не с социальными функциями, частнотоварными отношениями или отмирающим в СССР структурным экономическим подразделением, а с утверждением социалистической системы хозяйства и социалистической собственности на средства производства. Соответственно новой Советской Конституции, вошедшей по пути сочетания предоставленных гражданам прав с возложенными на них обязанностями, С. Н. Братусь, в отличие от своих предшественников, определял гражданскую правоспособность как способность к обладанию не только правами, но и гражданскими обязанностями. Из социалистической сущности утвердившейся в СССР экономики он выводил равенство признанной за гражданами правоспособности, а к ее важнейшим чертам относил реальность и гарантированность осуществления основных гражданских прав. Здесь же впервые в истории советской цивилистической науки в содержание социалистической гражданской правоспособности включается возможность обладания, наряду с имущественными, также личными неимущественными правами, хотя приводимые автором конкретные примеры личных неимущественных прав либо вовсе лишены гражданско-правовой природы, либо не закреплялись действовавшим в то время советским гражданским законодательством[1].

С тех пор изложенные положения приобрели характер общепризнанных и как традиционные воспроизводятся в любых цивилистических работах, относящихся к тематике этого рода. Они послужили отправным пунктом для анализа конкретных правовых форм возникновения, осуществления и прекращения правосубъектности граждан, вокруг которых теперь исследование преимущественно и сосредоточивается. Результатом такого исследования явились созданные в 40-х и первой половине 50-х гг. оригинальные работы о представительстве[2], безвестном отсутствии[3], гражданско-правовом положении отдельных ка-

[1] Гражданское право / Под ред. Я. Ф. Миколенко и П. Е. Орловского. т. I.— М., 1938.— С. 58–61.

[2] *Рясенцев В. А.* 1) Понятие и юридическая природа полномочия представителя в гражданском праве. Методические материалы ВЮЗИ. Вып. 2, 1946.— С. 30 и сл.; 2) Основания представительства в советском гражданском праве. Учен. зап. ВЮЗИ. Вып. 1, 1948.— С. 46 и сл.

[3] *Амфитеатров Г. И.* Институт безвестного отсутствия в нашем праве//Социалистическая законность, 1946. № 7–8. С. 15 и сл.; *Прянишников Е.* Безвестное отсутствие//Советская юстиция, 1940. № 16. С. 13–18 и № 17.— С. 14–18; *Стучинский М. Г.* Безвестное отсутствие.— Челябинск, 1949; *Юрченко А. К.* Безвестное отсутствие по советскому гражданскому праву.— Л., 1954.

тегорий граждан[1] . В 1950 г. публикуется первая советская монография, в обобщенном виде освещающая проблему гражданской правосубъектности в целом[2].

Вместе с тем, поскольку частнокапиталистический хозяйственный уклад был уже ликвидирован, а мелкотоварный переведен на социалистические рельсы, идея равной гражданской правоспособности в новом своем выражении дополняется все более настойчиво проводимой идеей дальнейшего расширения ее объема. В процессе претворения этой идеи в жизнь с особой силой сказалось сложившееся между наукой и законодательной практикой взаимодействие двоякого рода.

С одной стороны, закон в этом отношении опережает развитие науки, предоставляя ее анализу то, что уже нашло свое нормативное воплощение. Так обстояло, в частности, с закреплением права личной собственности в Конституции 1936 г., расширением наследственных прав граждан в 1945 г.[3] или с переходом от права застройки к праву личной собственности на жилые дома в 1948 г.[4]

С другой стороны, пути развития советского гражданского законодательства в том же направлении предвосхищаются и очерчиваются советской цивилистической наукой. В этом смысле весьма показательно исследование возможности обеспечения гражданско-правовой охраны чести, имени, собственного изображения и других личных благ такого же характера. Наряду с посвященными указанной тематике отдельными статьями[5] в 1941 г. появляется монография Е. А. Флейшиц «Личные права в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран».

Авторы названных произведений расходились в разрешении ряда конкретных вопросов. Споры велись, в частности, о том, вводить ли

---

[1] См., напр.: *Пергамент А. И.* К вопросу о правовом положении несовершеннолетних. Учен. зап. ВИЮН. Вып. 3, 1955.— С. 3–69; *Свердлов Г. М.* Охрана интересов детей в советском семейном и гражданском праве.— М., 1955.

[2] *Братусь С. Н.* Субъекты гражданского права.— М., 1950.

[3] Ведомости Верховного Совета СССР, 1945, № 15.

[4] «Известия», 1948, 27 авг.

[5] См., напр.: *Домбровский Е.И.* Неимущественный интерес в гражданском праве // Социалистическая законность, 1937. № 8. С. 94—101; *Гуревич И.* Честь и другие неимущественные права граждан и их охрана в социалистическом гражданском праве // Советская юстиция, 1939. № 2. С. 26–33 и № 3. С. 13–19; *Рясенцев В. А.* Неимущественный интерес в советском гражданском праве. Учен. зап. Москов. юрид. ун-та. Вып. I, 1939.— С. 22–49.

гражданско-правовую охрану личных неимущественных прав в виде общего правила или по принципу исчерпывающего перечня; открыть ли всеобщий доступ для их судебной защиты или ограничить такой доступ наиболее существенными правонарушениями и т. п. Но ни у одного из них не возникало сомнении в том, что для обеспечения эффективной охраны личных неимущественных прав, не связанных с правами имущественными, уголовно-правовые меры должны быть дополнены служащими той же цели средствами гражданско-правового характера.

Анализ конкретно-практических форм проявления гражданской правосубъектности еще более углубился в связи с подготовкой и проведением второй кодификации советского гражданского законодательства. Общая социальная сущность этого правового явления была уже к тому времени достаточно выявлена, и публикации подобной тематики в 50–60-х гг. почти не появляются[1]. Внимание цивилистической мысли сосредоточивается теперь на выработке наиболее совершенных гражданско-правовых методов закрепления правоспособности и дееспособности советских граждан, что нашло свое отражение хотя и в небольших по объему, но достаточно многочисленных публикациях, связанных с разработкой и обсуждением отдельных проектов Основ и новых ГК союзных республик[2].

---

[1] Одно из немногочисленных исключений составляет опубликованная в 1960 г. статья Красавчикова О.А. «Социальное содержание правоспособности советских граждан» («Правоведение», 1960, № 1, С. 12–25).

[2] *Антимонов Б.* К разработке проекта Основ гражданского законодательства СССР // Социалистическая законность, 1959. № 7.— С. 14; *Братусь С.* О соотношении Основ гражданского законодательства Союза ССР и гражданских кодексов союзных республик // Советская юстиция, 1957. № 9. С. 9; *Вильнянский С. И., Пушкин А. А*. К вопросу о кодификации гражданского законодательства. Учен. зап. Харьковск. юрид. ин-та. Вып. 13, 1959. С. 3–18; *Закиров И. Б., Сайфуллаев Ф. Х.* Некоторые вопросы кодификации гражданского законодательства Узбекской ССР. Учен. зап. Среднеазиатск. ун-та. Вып. 145, кн. 4, 1958, С. 3–10; *Занковская Н., Кабалкин А*. О кодификации гражданского законодательства //Социалистическая законность, 1957. №6. С. 20; *Орловский П. Е.* Разработка Основ гражданского законодательства Союза ССР //Советское государство и право, 1957. № 7. С. 81; *Савицкая А. Н*. К проекту Гражданского кодекса УССР. В кн.: Вопросы теории и практик советского права.— Львов, 1958. С. 44 и др. См. также материалы обсуждения проблем кодификации: «Советское государство и право», 1957, № 6, С. 126; № 9, с. 124; 1959, № 4, С. 132; «Советская юстиция», 1957, № 2, С. 74; 1963, № 3, М. 81 и др.

Во-первых, вносились предложения с максимальной полнотой определить самое содержание правоспособности граждан путем перечисления всех или почти всех гражданских прав и обязанностей, предпосылкой обладания которыми правоспособность становится в современных условиях. Но, не говоря уже о практической неприемлемости подобных предложений, для осуществления которых пришлось бы образовать законодательную норму непомерных масштабов, они вступали в противоречие с обоснованным общим отказом от построения гражданско-правового регулирования социалистических общественных отношений по принципу исчерпывающего перечня. Поскольку новая кодификация советского гражданского законодательства прямо зафиксировала возможность установления и таких гражданских правоотношений, которые не предусмотрены гражданским законом, но не противоречат его смыслу и основным началам, постольку и содержание правоспособности граждан нужно было определять путем перечисления лишь доступных их обладанию важнейших субъективных гражданских прав с одновременным указанием на то, что не исключается приобретение также других имущественных и личных правомочий.

Во-вторых, на основе всестороннего учета опыта Великой Отечественной войны разрабатывались многочисленные рекомендации относительно путей совершенствования норм о безвестном отсутствии. Закон стал на позицию тех, кто настаивал на исчислении времени безвестного отсутствия, обусловленного военными действиями, с момента фактического их прекращения (а не пропажи без вести и не заключения мирного договора); отнесении момента предполагаемой смерти, вызванной несчастным случаем, ко времени самого несчастного случая (а не вступления в силу судебного решения); признании недобросовестным лишь такого приобретателя имущества безвестно отсутствующего, который знал, что он находится в живых (а не только знал о том, что приобретает имущество лица, объявленного умершим). В споре о том, лежит ли какая-либо презумпция в основе признания лица безвестно отсутствующим и отличается ли она от презумпции, обосновывающей объявление того же лица умершим, позиция законодателя выявляется в самой использованной им терминологии. Безвестно отсутствующим гражданин признается, а умершим объявляется. Это означает, что в первом случае констатируется факт, но не какая-либо презумпция, тогда как во втором случае самый факт уже не может быть выявлен, и потому его существование презюмируется.

В-третьих, изучение практических потребностей советского гражданского оборота послужило основанием для постановки вопроса о внесении ряда существенных изменений в нормирование дееспособности граждан. В связи с этим получил законодательное признание научный вывод о необходимости приурочения частичной дееспособности к 15-летнему возрасту, когда появляется трудовая дееспособность; о предоставлении частично дееспособному права распоряжения не только заработной платой, но и всеми другими видами заработка, стипендией и пенсией; о допустимости полного или частичного лишения его этого права по мотивам недолжного или нецелесообразного осуществления. Была воспринята также научная рекомендация считать полностью дееспособными граждан, вступивших с соблюдением требований закона в брак до достижения совершеннолетия; разрешать несовершеннолетним самостоятельное заключение мелких бытовых сделок (без объяснения соответствующего понятия в ГК одних союзных республик и с объяснением его в других республиканских кодексах при помощи возрастных критериев или признака немедленного исполнения); ограничивать в дееспособности граждан, злоупотребляющих спиртными напитками или наркотическими средствами и ставших тем самым в тяжелое материальное положение свою семью (согласно указаниям ГК одних союзных республик) или также себя самого (согласно более удачному правилу ГК других союзных республик).

В-четвертых, оживленная дискуссия возникла в связи с предложением о включении в акты новой кодификации советского гражданского законодательства норм об охране не связанных с имущественными личных неимущественных прав. Против принятия такого предложения высказывались как законодательно технические, так и чисто практические соображения. Первые сводились к тому, что гражданско-правовые нормы об охране личных неимущественных прав по своей численности были бы недостаточны для образования самостоятельной главы в Основах или кодексах, а вторые связывались с тем, что случаи обращения к судебным органам за гражданско-правовой защитой личных интересов неизвестны или почти неизвестны советской судебной практике. Но советский закон не мог, конечно, ставить решение принципиального вопроса о всесторонней охране интересов личности в зависимость от затруднений сугубо технического порядка. Что же касается практической значимости запроектированного нового института, то ее можно было оценить не ранее, чем такой институт появился бы в советском граждан-

ском законе. Он и был сконструирован в виде норм об охране чести и достоинства, а также права на собственное изображение и в законодательстве некоторых союзных республик — права на письма, дневники, записки, заметки.

Пути развития советского гражданского законодательства в вопросах правосубъектности граждан, как и достижения советской цивилистической науки за истекшее время в той же области, нашли свое обобщенное отражение в учебниках и учебных пособиях по гражданскому праву, опубликованных начиная со второй половины 60-х гг., а также в ряде относящихся к тому же периоду монографических исследований[1]. Ко времени, когда был накоплен достаточный конкретно-практический материал о гражданской правосубъектности, а ее социальная сущность и юридическое содержание в советских условиях перестали быть предметом теоретической полемики, в орбиту научного внимания советских цивилистов наряду с тематикой непосредственно практической значимости начинают во все возрастающих масштабах включаться разнохарактерные относящиеся к правосубъектности вопросы общетеоретического порядка.

Правосубъектность, право- (дее-) способность, субъективные права. Одно из важнейших качеств гражданской правосубъектности образует признаваемая за ее носителями правоспособность, принадлежащая всем субъектам гражданского права независимо от того, являются ли они также и дееспособными. Поскольку правоспособность есть способность к обладанию гражданскими правами и обязанностями, а субъекты гражданского права всегда правоспособны, хотя и не во всех случаях дееспособны, С. Н. Братусь еще в своих работах начала 50-х гг. пришел к поддержанному многими учеными[2] выводу, что правосубъектность и правоспособность понятия тождественные[3]. Этот вывод подвергся и разносторонней критике. Одни авторы выступали против его генерализации, полагая, что за пределами гражданского права вообще нет места для правоспособности и речь должна там идти лишь о правосубъект-

---

[1] См., напр.: *Кузнецова Л. Г., Шевченко Я. Н.* Гражданско-правовое положение несовершеннолетних.— М., 1968; *Пергамент А. И.* Опека и попечительство.— М., 1966.

[2] См., напр.: Материалы дискуссии по вопросам правосубъектности. Вестник Ленингр. ун-та, 1955, № 5.— С. 146.

[3] *Братусь С. Н.* Субъекты гражданского права.— С. 5 и сл.

ных лицах, их субъективных правах[1]. Другие же не признавали его обоснованным и применительно к одной лишь сфере гражданского права[2]. Действительно, гражданские правоотношения устанавливаются для того, чтобы их участники не только становились носителями определенных прав и обязанностей, но и осуществляли свои права и обязанности в реальной общественной жизни. У одной группы субъектов гражданского права — юридических лиц — такая возможность возникает благодаря тому, что они являются право— и дееспособными одновременно, а так как недееспособных юридических лиц не бывает, тезис о тождестве правоспособности и правосубъектности мог бы быть распространен лишь на таких субъектов гражданского права, какими являются граждане. Но и в этих, сравнительно более узких, границах он не выдерживает ни научной проверки, ни практического испытания, появившись, скорее всего, вследствие смешения предпосылок, достаточных для признания гражданской правосубъектности за гражданином, и условий, без обеспечения которых правосубъектность была бы лишена реального смысла.

Необходимой и вместе с тем достаточной предпосылкой признания гражданина субъектом гражданского права служит уже сам по себе факт объявления его правоспособным. В противном случае пришлось бы отказать в гражданской правосубъектности малолетним, душевнобольным и слабоумным, а несовершеннолетние, алкоголики и наркоманы считались бы субъектами гражданского права только в силу закрепленной законом их частичной или ограниченной дееспособности.

Но, во-первых, дееспособность, как и правоспособность, составляет одно из проявлений правосубъектности, а не чего-либо другого. Если отождествлять правосубъектность с правоспособностью, то для дееспособности вообще не останется сколько-нибудь определенного места в общей системе правовых явлений.

Во-вторых, согласно прямому указанию закона, к недееспособным и частично дееспособным в обязательном порядке назначаются опекуны и попечители, а в отношении детей соответствующие функции возлагаются на их родителей. Это строжайшее законодательное предписание тем и обусловлено, что, поскольку правосубъектность есть един-

---

[1] *Флейшиц Е. А.* Соотношение правоспособности и субъектных прав. В кн.: Вопросы общей теории советского права.— М., 1960.— С. 255–283.

[2] См., напр.: *Пергамент А. И.* К вопросу о правовом положении несовершеннолетних. Учен. зап. ВИЮН. Вып. 3, 1955.— С. 112 и сл.

ство право— и дееспособности, такое единство обеспечивается путем присоединения к правоспособности подопечных дееспособности их родителей, опекунов или попечителей.

В-третьих, дееспособность родителей, опекунов или попечителей служит не только приобретению прав и обязанностей для подопечных, но и обеспечению соответствия требованиям гражданского закона всякого иного их поведения (например, фактического обладания собственным имуществом, его использования и т. п.). Поэтому перечисленные лица несут либо полную, либо субсидиарную ответственность за вред, причиненный их подопечными.

Конечно, недееспособный не перестает быть субъектом гражданского права и в те промежутки времени, в которые его правоспособность по разным причинам не восполняется дееспособностью других лиц (например, от момента смерти родителей малолетнего до момента назначения к нему опекуна). Но в этих условиях правосубъектность проявляется только в юридическом обеспечении охраняемых законом интересов ее носителя. В своем всеобъемлющем действии право как система норм общеобязательного поведения непосредственно обращается лишь к людям, наделенным сознанием и волей. Когда же такая возможность исключается недееспособностью правосубъектного лица, само право ставит между ним и собой субъекта дееспособного. Благодаря такому приему и достигается соблюдение свойственного правосубъектности единства право- и дееспособности в случаях признания субъектами права правоспособных, но недееспособных лиц.

По-разному обосновывается также юридическое содержание самой гражданской правоспособности. В теоретическом освещении этой проблемы явственно вырисовываются два противоположных взгляда: теория динамической правоспособности, выдвинутая М. М. Агарковым в 1940 г.[1], и противопоставленная ей в 1950 г. С. Н. Братусем теория статической правоспособности[2]. Согласно динамической теории содержание правоспособности зависит не только от ее государственного признания, но и от того, какими конкретными правами правоспособное лицо обладает, в каких отношениях с другими субъектами оно фактически находится. Всякий, например, вправе страховать имущество. Но реальной такая способность становится лишь для того, кто уже обладает ка-

[1] *Агарков М. М.* Обязательство по советскому гражданскому праву.— М., 1940.— С. 70–73.

[2] *Братусь С. Н.* Субъекты гражданского права.— С. 5–10.

ким-либо имуществом как возможным объектом страхования. А поскольку конкретные отношения, участником которых правоспособное лицо становится, не остаются неизменными, то и правоспособность приобретает динамические качества, меняя свое содержание всякий раз для каждого данного лица вслед за изменением его отношений с другими лицами.

Согласно статической теории, содержание правоспособности зависит всецело от ее государственного признания, а вовсе не от отношений ее носителя с другими лицами. В отношениях с другими лицами формируются конкретные правомочия и обязанности, состав которых действительно не остается неизменным для каждого в отдельности правосубъектного лица. Но правоспособность — не конкретные права и обязанности, а абстрактная и всеобщая предпосылка обладания ими. Понимаемая таким образом, эта предпосылка не может дифференцироваться при сопоставлении одного субъекта с другим или тем более изменяться для одного и того же субъекта в разных конкретных общественных отношениях. Она принадлежит всем и каждому, оставаясь равной и неизменной как по объему, так и по содержанию.

Оценивая изложенные концепции с чисто социальной точки зрения, нельзя не отметить очевидных преимуществ второй перед первой. Если первая упраздняет равенство между людьми даже в пределах их правоспособности, то вторая не исключает неравенства только в сфере обладания конкретными субъективными правами. Из последнего положения вытекает, что в обществе, разделенном на антагонистические классы, в равной правоспособности выражается формальное равенство всех перед законом и в неравных имущественных правах — классово-экономическое неравенство между разными людьми. В социалистическом обществе реально гарантированная равная правоспособность отражает уничтожение классового неравенства, а несовпадающие конкретные имущественные правомочия — сохранение элементов такого неравенства, которое может быть устранено лишь с победой коммунизма.

Если подходить к тем же концепциям как к определенным юридическим построениям, то следовало бы обратить внимание на достоинства и недостатки каждой из них.

М. М. Агарков, выдвигая теорию динамической правоспособности, должен был признать, что не всякое доступное лишь данному лицу действие знаменует осуществление принадлежащего ему субъективного права. Оно может знаменовать также особое состояние правоспо-

собности этого лица, обусловленное его отношениями с другими лицами. Субъективному праву всегда противостоит чья-либо обязанность. Но тот, например, кто направил кому-либо оферту, ничем не обязан перед ее адресатом, а только связан возможностью получения от него акцепта в установленный срок. Состояние юридической связанности порождает существенно иное правовое явление, нежели субъективное право. Это специфическое правовое явление, занимающее как бы промежуточное положение между правоспособностью и субъективным правом, получило наименование секундарного права.

В противоположность этому С. Н. Братусь отстаивая теорию статической правоспособности, исключал не только секундарные права, но и какие бы то ни было промежуточные стадии между правоспособностью и субъективными правами. То, что М. М. Агарков именует секундарным правом, для С. Н. Братуся либо элемент правоспособности, либо обычное субъективное право. А поскольку правоспособность — суммарно выраженная способность к правообладанию, то любые ее проявления не могут быть ничем иным, кроме как субъективными правами.

Этот конечный вывод ошибочен. Существует немало действий, (таких, как обнаружение находки, заключение договоров, не сопряженное с использованием уже имеющихся правомочий), которые хотя и проявляют правоспособность, но отнюдь воплощаются в уже возникших субъективных правах. Субъективное право опирается на правоспособность как на свою необходимую общую предпосылку, но непосредственно возникает не из правоспособности, а из предусмотренных законом юридических фактов, к числу которых относятся как события, так и действия, включая такие действия, возможность совершения которых обусловливается уже сложившимися или складывающимися конкретными отношениями. Обращая внимание на этот процесс, М. М. Агарков не допускал каких-либо прегрешений против истины.

Позиция М. М. Агаркова становилась уязвимой начиная лишь с того момента, как указанная промежуточная ситуация была возведена им в ранг если и не субъективного права, то по крайней мере секундарного права. Разумеется, акцептовать оферту вправе не любое лицо, а лишь то, которому она адресована. Но происходит это не потому, что у адресата оферты появилось секундарное право. Здесь действуют совершенно иные причины, связанные с тем, что подавляющее большинство правоотношений возникает не из единичных юридических фактов, а из определенной их совокупности. Вследствие этого само образование

субъективного права выливается в более или менее длительный процесс, разобщенный во времени по отдельным стадиям, каждая из которых вызывает свои обособленные, хотя и далеко не завершенные юридические последствия. Но процесс формирования субъективного права есть именно этот процесс и ничего более. Он опирается на правоспособность, отнюдь не сообщая ей качества динамичности, и ведет к появлению субъективного права, отнюдь не предвосхищая его правами секундарными. И если бы указанный процесс не был предан забвению в полемике с М. М. Агарковым, С. Н. Братусь имел бы все основания констатировать, что на одном его полюсе лежит правоспособность как абстрактная способность правообладания, а на другом — субъективное право как одно из конкретных проявлений правоспособности.

И все же правоспособность не только отлична от субъективного права, но и сходна с ним по многим объединяющим и общим признакам, так как быть правоспособным тоже означает «иметь право», хотя бы последнее и сводилось не более чем к праву выступать в качестве носителя различных конкретно правомочия и обязанностей. Поэтому проблема соотношения субъективных прав с правоспособностью сохранила научную значимость и за пределами полемики между сторонниками динамической и статической теории[1] . Для ее непосредственного анализа динамическая теория существенна как ориентирующая на развивающийся процесс вычленения субъективного права из правоспособности, а статическая теория — как проводящая разграничение названных категории на основе философских критериев абстрактного и конкретного, возможного и действительного. Но прямого ответа на вопрос об отличии субъективного права от правоспособности ни та, ни другая теория не дает. К тому же его разрешение зависит от сложившихся взглядов не только на понятие правоспособности, но и на сущность самого субъективного права.

Важно, прежде всего, установить, может ли субъективное право существовать вне правоотношения или, наоборот, правоотношения всегда появляются одновременно с тем, как возникают субъективные права.

Подавляющее большинство советских цивилистов не мыслит существование субъективного права вне правоотношения. Такая позиция

[1] Ее изучению посвящались специальные исследования советских цивилистов. См., напр.: *Юркевич Н. Г.* О соотношении правоспособности и субъективного права. Тезисы докладов 21 научной сессии Белорусского ун-та.— Минск, 1956.— С. 39.

в сочетании со статической теорией правоспособности позволяет утверждать, что там, где норма права закрепляет лишь отношения с государством, правовое регулирование не выходит за рамки правоспособности, а как только устанавливаются правовые отношения между конкретными лицами, у этих лиц возникают также субъективные права и соответствующие им обязанности.

Иное положение складывается в случае, если допустить существование субъективных прав вне правоотношения. Вслед за некоторыми специалистами в области теории права подобную конструкцию к абсолютным гражданским правам применил Д. М. Генкин[1]. Наряду с многосторонней критикой[2] она встретила также определенную поддержку, причем встретила ее не от кого-либо иного, как от С. Н. Братуся — автора теории статической правоспособности[3] . В результате С. Н. Братусь полностью лишил себя возможности провести такое размежевание субъективных прав и правоспособности, которое логически вытекает из разработанной им статической теории. Этой возможности оказались лишенными и все другие авторы, не считающие правоотношение обязательной формой проявления субъективных прав. Действительно, в той мере, в какой субъективное право не порождает правоотношений между управомоченным и конкретными обязанными лицами, оно не выходит за пределы правовых связей своего носителя с государством, которым такое право санкционировано и потому обеспечивается мерами юридической охраны. Но тем самым исчезает всякое различие между субъективным правом и правоспособностью, которая, согласно статической теории, также не зависит от отношений с конкретными лицами и всецело определяется фактом ее государственного признания.

Не менее важно, с другой стороны, выявить, исчерпывается ли содержание субъективного права обеспечиваемой им мерой дозволенного управомоченному поведения или оно предполагает, кроме того, возможность требовать определенного поведения от других, обязанных, лиц?

---

[1] *Генкин Д. М.* 1) Право собственности как абсолютное субъективное право // Советское государство и право, 1958, № 8. С. 92 и сл.; 2) Право собственности в СССР.— М., 1961.— С. 32–46.

[2] См., напр.: *Флейшиц Е. А.* «Абсолютная» природа права собственности. В кн.: Проблемы гражданского права.— Л., 1962. С. 214 и сл.

[3] *Братусь С. Н.* Предмет и система советского гражданского права.— М., 1963.— С. 189.

Многие советские цивилисты включают в содержание субъективного права обе названные возможности. Такая позиция в сочетании со статической теорией правоспособности позволяет утверждать, что там, где норма права определяет лишь меру дозволенного государством поведения, правовое регулирование не выходит за рамки правоспособности, а как только устанавливаются границы поведения одного лица, на которое вправе притязать другое, у этих лиц возникают также субъективные права и соответствующие им обязанности.

Иное положение складывается, если сводить субъективное право к одной лишь мере поведения, дозволенного управомоченному. Вследствие такого сведения разграничить правоспособность и субъективное право не в состоянии даже авторы, которые одновременно выступают против концепции, выводящей абсолютные права за пределы правоотношений[1]. Парадоксален, однако, тот факт, что конструирование субъективного права исключительно по признакам дозволенного поведения заимствуется ими не у кого-либо иного, как у С. Н. Братуся[2] — создателя теории правоспособности, опираясь на которую только и можно провести размежевание правоспособности и субъективных прав. В результате С. Н. Братусь дважды лишил себя такой возможности — как при исключении абсолютных прав из состава правоотношения, так и при отождествлении субъективного права с мерой поведения, дозволенной управомоченному. Быть правоспособным — значит обладать управомоченностью на определенное поведение, быть носителем определенного права. А если в характеристике субъективного права дело ограничивается указанием лишь на меру дозволенного поведения, то тем самым какое бы то ни было различие между субъективным правом и правоспособностью устраняется.

В работе, опубликованной в середине 50-х гг., Н. Г. Александров, подходя к правоспособности с общетеоретических позиций, рассматривал ее «как своеобразное длящееся отношение между лицом и государством, отношение, обусловливающее возможность для лица при наличии фактических условий, предусмотренных юридической нормой, становиться участником правоотношений того или иного вида, то есть обладать теми или иными правомочиями и нести те или иные обязан-

---

[1] См., напр.: *Толстой Ю. К.* К теории правоотношения.— Л., 1959.— С. 35 и сл., 77 и сл.

[2] *Братусь С. Н.* Субъекты гражданского права.— С. 8–13.

ности»[1] . Приведенное положение в сочетании со статической теорией С. Н. Братуся и дает ключ к решению обсуждаемой проблемы, если при этом субъективное право не выводится за рамки правоотношения, а в его содержании различаются дозволенность определенного поведения самому управомоченному и возможность требовать определенного поведения от обязанных лиц. Тогда ставится понятным, что: а) правоспособность — предпосылка правоотношения, а субъективное право — один из необходимых его элементов; б) правоспособность воплощает отношение ее носителя с государством, а субъективное право — с обязанным лицом; в) правоспособность определяет меру дозволенного ее обладателю поведения, а субъективное право — также меру поведения обязанных лиц, на которое вправе притязать управомоченный.

Вопрос о соотношении правосубъектности с право- (дее) способностью, а того и другого с субъективными правами исторически поднимался советской гражданско-правовой наукой в связи с учением либо о гражданском правоотношении, либо о правосубъектности граждан, хотя сформулированные на этой основе общие положения были распространены также на юридических лиц. В свою очередь разработка учения о юридических лицах послужила основой для таких выводов, которые, наряду со специальным, нередко приобретали существенное общетеоретическое значение.

Б. Правосубъектность социалистических организаций

Точно так же, как правосубъектность граждан, гражданская правосубъектность социалистических организаций, их юридическая личность, становятся непосредственным предметом теоретических исследований только в условиях перехода к НЭПу и проведения первой кодификации советского гражданского законодательства. Хотя институт юридического лица применительно к социалистическим организациям используется уже в законодательных актах, изданных начиная с 1918 г.[2], своего реального проявления в сколько-нибудь значительных масштабах этот институт не мог получить до тех пор, пока продолжался процесс замены товарно-денежных отношений системой прямого цент-

[1] *Александров Н. Г.* Законность и правоотношения в советском обществе.— М., 1955.— С. 116.

[2] См. подробнее: *Венедиктов А. В.* Организация государственной промышленности в СССР. Т. I.— Л., 1957.— С. 417 и сл.

рализованного распределения. Но как только он уступал место противоположному процессу — внедрению товарно-денежных начал в сферу имущественных отношений, включая отношения с участием социалистических организаций, так гражданская правосубъектность последних, закрепленная уже, помимо отдельных нормативных актов, в общих нормах первых советских гражданских кодексов, выдвигается в число наиболее существенных и значительных проблем советской цивилистической теории.

В литературе 20-х гг. эта проблема исследуется с разной степенью интенсивности по отношению к государственным юридическим лицам, с одной стороны, и кооперативно-колхозным организациям, с другой.

Что касается кооперативно-колхозных организаций, то, поскольку колхозы к этому времени еще не получили большого распространения, в качестве модели для анализа рассматриваемого вопроса используются почти исключительно низовые ячейки промысловой и, в особенности, потребительской кооперации. А так как потребительская кооперация в определенном объеме существовала и до революции, это иногда порождало иллюзию, будто речь идет о достаточно известном феномене, не изменившем ни своей социальной сущности, ни правового содержания. Выразители подобных представлений обращали внимание преимущественно на чисто догматическую сторону дела, на выявление отдельных юридических признаков, отличающих кооперативы от других предусмотренным Гражданским кодексом объединений лиц, в первую очередь таких, как гражданско-правовые товарищества. При этом нередко гражданско-правовое товарищество рассматривалось как родовое явление, а кооператив как такая разновидность этого явления, которая представляет собой гражданско-правовое товарищество с переменным составом членов и капиталов. Некоторые разногласия среди сторонников этих взглядов существовали лишь в трактовке природы кооперативного устава: одни объявляли его договором, не заключающим в себе ничего специфического по сравнению с любыми вообще договорами товарищества, а другие признавали устав внедоговорным актом, принятие которого кооперативами отличает их от всех иных товариществ. Когда же дело доходило до определения понятия кооперативных юридических лиц, дискуссия ограничивалась лишь вопросом о численности правовых признаков, которые должны быть включены в соответствующее определение.

Для того, чтобы составить сравнительно полное представление о характере определении такого рода, достаточно воспроизвести определение Г. М. Колоножникова, который включил и свою формулу едва ли не все признаки, отмеченные другими авторами. Он писал: «Кооперативное товарищество — это: 1) соединение, 2) под особой фирмой, 3) неопределенного числа, 4) лиц, 5) свободно вступающих и выходящих из него для достижения ими, 6) в качестве самостоятельного юридического лица, организованного 7) на началах равенства и самоуправления, 8) для целей укрепления и воспособления их трудовым хозяйствам, 9) посредством соединения их общих усилий, 10) в области кредита, потребления и производства, а также 11) ведения культурно-просветительной работы»[1].

Приведенное определение, как видно уже из самого его текста, не выходит за пределы сложившихся в дореволюционное время цивилистических представлений о кооперации. Не затрагивая вовсе вопроса о социальной сущности кооперации в условиях диктатуры пролетариата, оно, как и многие другие определения, распространенные в 20-х гг., строится по принципу нахождения признаков сходства и различия между кооперативными организациями и частными объединениями, образование которых допускалось законодательством периода НЭПа. Было бы, однако, глубочайшим заблуждением усматривать попытки выявления социалистической сущности советской кооперации в одном лишь факте противопоставления кооперативных организаций капиталистическим предприятиям.

А. Терехов, например, в работе «Советское кооперативное право» (1924 г.) писал: «Кооператив имеет своей целью удовлетворение материальных и культурных нужд своих членов. Этим кооператив отличается от капиталистических товариществ. Последние имеют своей целью извлечение прибыли»[2]. Но дело в том, что совершенно аналогичное противопоставление проводилось и в буржуазной литературе применительно к дореволюционной кооперации. «Кооперация,— писал в 1906 г. М. И. Туган-Барановский,— есть такое хозяйственное предприятие нескольких добровольно соединившихся лиц, которое имеет целью не получение наибольшего барыша на затраченный капитал, но доставление

---

[1] *Колоножников Г. М.* Понятие и юридическая природа кооперативных товариществ. Известия Донского ун-та, 1921. кн. I, С. 99.

[2] *Терехов А.* Советское кооперативное право.— Харьков, 1924.— С. 15.

его сочленам, благодаря общему ведению хозяйства, каких-либо выгод иного рода»[1].

Из этого следует, что социальная сущность советской кооперации для своего выявления предполагает не только размежевание предприятий кооперативных и капиталистических, но и анализ социалистической природы самих кооперативных предприятий в условиях диктатуры пролетариата. Однако такой анализ в одних случаях подменялся заявлениями, будто любая кооперация, а не только утверждающаяся после победы пролетарской революции, имеет своей целью социалистическое переустройство общества[2] . В других же случаях необходимость подобного анализа отвергалась на том основании, что участие кооперации в социалистическом строительстве «является моментом социально-политическим, а не правовым»[3].

Классово обезличенный, догматический подход к исследованию правовой природы советской кооперации встретил решительную критику со стороны П. И. Стучки, вскрывшего также всю ошибочность стремлений объявить ее формой частнохозяйственной деятельности, покоящейся на договорной основе, особой разновидностью обычного гражданско-правового соглашения о товариществе. Он подчеркивал, что советские кооперативы — это «организации трудящихся.., организации массовые, возникающие по добровольному соглашению», что «при социалистическом производстве потребительские объединения создают непосредственную смычку между социалистическим производством... и потреблением», что «при широкой массе крестьянства и мелкой буржуазии трудовое и промысловое кооперирование крестьянства является, с одной стороны, «переходом от мелкого производства к более крупному» (Ленин), с другой стороны, средством введения его в централизованную систему в интересах вовлечения в единый план»[4] . Но вместе с тем и сам П. И. Стучка, переходя к характеристике положения кооперации по советскому праву, утверждал, что в той мере, в какой кооператив выступает в области гражданского права, т. е. действует в качестве юридического лица, он носит частный характер, обнаруживая

---

[1] *Туган-Барановский М. И.* Экономическая природа кооперативов и их классификация. «Курсы кооперации». т. I.— М., 1906.— С. 10.

[2] См., напр.: *Терехов А.* Советское кооперативное право.— С. 16.

[3] *Поволоцкий Л.И.* Основные начала кооперативного права СССР.— Л., 1927.— с. 133; *Стучка П. И.* Курс советского гражданского права. Т. II, С. 133.

[4] *Стучка П. И.* Курс советского гражданского права. Т. II, С. 133.

социалистические тенденции, лишь поскольку его деятельность относится к сфере регулирования иных отраслей советского права[1]. И только в связи с широким развертыванием колхозного строительства в конце 20-х — начале 30-х гг., когда взгляды на кооперацию как на частное предприятие вступили в особенно вопиющее противоречие с действительностью, они полностью исчезают со страниц советской цивилистической литературы, уступив место другим, отражавшим подлинное положение вещей, теоретическим построениям.

Подобно исследованию кооперативных организаций догматический подход давал себя знать и в анализе гражданской правосубъектности государственных трестов, а также других государственных организаций, наделенных правами юридического лица по законодательству 20-х гг. Оценка их правовой природы зачастую не шла дальше простой констатации того факта, что они выступают в качестве «обособленных центров» сосредоточения гражданских прав и обязанностей[2]. Иногда же под влиянием сменовеховских концепций государственные тресты, в той мере, в какой они способны к участию в гражданском обороте, объявлялись своеобразными частными предприятиями, построенными по образцу предприятий капиталистических[3] или, по крайней мере, с использованием опыта капиталистического предпринимательства, хотя и с устранением многих его пороков[4]. Утверждения такого рода, как и аналогичные выводы относительно природы советской кооперации, подверглись острой критике со стороны П. И. Стучки. Но оставаясь и здесь верным своей двухсекторной теории, П. И. Стучка приходил к выводу, что госорганы сохраняют социалистическую природу лишь в сфере производства, а также в сфере отношений с планово-регулирующими органами, т. е. там, где они подчиняются нормам административно-хозяйственного права, а их юридическая личность не находит непосредствен-

---

[1] Там же.— С. 110.

[2] См., напр.: *Карасс А.В.* Советское промышленное право.— М., 1925.— С. 98.

[3] См., напр.: *Шретер В. Н.* Проект общесоюзного закона о трестах //Советское право, 1926. № 4.— С. 108–121. Еще более прямолинейно аналогичные взгляды выражал Н. А. Арефьев (В кн.: Вопросы промышленного права.— М., 1925.— С. 115–116), заявлявший, что государственные хозяйства вынуждены строиться на таких же индивидуалистических началах, какие господствуют на Западе, а потому трест «есть сколок акционерного общества», в отношении которого права общего собрания акционеров осуществляет ВСНХ.

[4] См., напр.: *Мартынов Б. С.* Государственные тресты.— М., 1924.— С. 7.

ного приложения. Если же, как писал далее П. И. Стучка, «предприятия и госучреждения в обороте, в отношениях как с частником или кооперативом, так и между собой участвуют по нормам ГК (где именно и проявляется их юридическая личность.— *О. И.),* то они в этом обороте как раз действуют не в своем специфическом качестве социалистических предприятий или учреждений»[1]. Как видно, автор не приписывает признаков частного предприятия государственным юридическим лицам, в отличие от характеристики, данной им кооперативным организациям. Он ограничивается указанием лишь на негативный момент — на то, что, действуя как юридические лица, госорганы уже не выступают в своем специфически социалистическом качестве. Тем самым и критика ошибочных концепций оказывается в данном случае гораздо более последовательной, хотя и не становится последовательной до конца.

Нужно также со всей определенностью подчеркнуть, что уже в 20-х гг. при исследовании юридической личности госорганов доминирующее распространение получают не те концепции, против которых П. И. Стучка направлял острие полемики, а совершенно иные теоретические построения. Авторы таких построений отдавали себе достаточно ясный отчет относительно социалистической сущности государственных юридических лиц в СССР и, подходя к ним с этих позиций, стремились выявить подспудные истоки государственного признания гражданской правосубъектности за трестами и другими государственными организациями.

Одна из первых попыток такого рода представлена в работе С. Н. Ландкофа «Субъекты права (лица)», опубликованной в 1928 г. в серии комментария к ГК РСФСР, который издавался под редакцией С. М. Прушицкого и С. И. Раевича. Автор обращает внимание на то, что, поскольку в системе советского хозяйства государство стало самым мощным хозяйствующим субъектом страны, возникла необходимость в специальном разрешении вопроса об организационно-имущественном обособлении государственных предприятий от самого государства. Решение этого вопроса путем создания действующих на началах хозрасчета хозяйственных объединений (трестов, комбинатов) потребовало предоставления каждому из них имущественной самостоятельности, т. е. прав юридического лица. «Таким образом, коллективная государственная собственность, разбиваемая по соображениям целесообразности на отдельные части, является той материальной базой,

[1] *Стучка П. И.* Курс советского гражданского права.— Т. II, С. 77.

которая требует, ради технических удобств, юридического олицетворения. Комплексное имущество объединения, которое все целиком предназначено для выполнения определенной хозяйственной функции независимо от постоянной перемены отдельных его частей, является субъектом права с ограниченной ответственностью»[1]. Иначе говоря, государственное юридическое лицо — это персонифицированная часть государственного имущества.

Для характеристики сущности государственных юридических лиц С. Н. Ландкоф считал, таким образом, вполне достаточным обрисовать их материальную основу, полностью оставляя в стороне вопрос об их людском субстрате. Это, естественно, не могло не обусловить фетишизации общественных отношений с участием государственных юридических лиц, становящейся предельно очевидной при установлении правоотношений между госорганами, социально-правовые контакты которых пришлось бы объявить отношением друг к другу вещей в смысле обособленных комплексов имущества. Кроме того, С. Н. Ландкоф неправильно представлял себе и материальную основу госорганов, ибо вместо анализа общественных отношений, складывающихся на базе и в процессе управления государственной социалистической собственностью, он говорил лишь о соображениях целесообразности и о некоторых технических удобствах, обеспечиваемых расчленением государственного имущества на юридически обособленные части.

Между тем цивилистическая мысль того времени в лице ряда своих представителей вполне осознавала соединенное действие двух факторов в формировании юридических лиц — материальной основы и людского субстрата.

Так, Е. А. Флейшиц еще в 1924 г. писала, что в юридической личности госоргана персонифицируется не самое имущество, а именно госорган как хозяйственная организация. Но поскольку, по ее представлениям того времени, юридическим лицом способен быть только собственник имущества, а объекты, закрепленные за госорганами или приобретаемые ими, принадлежат на праве собственности государству, тресты и иные государственные организации расценивались тем же автором как формирующиеся, но еще не сложившиеся («недоразвившиеся») юридические лица[2].

---

[1] *Ландкоф С. Н.* Субъекты права (лица).— С. 55.

[2] *Флейшиц Е. А.* Торгово-промышленное предприятие.— Л., 1924.— С. 20–25, 79.

П. И. Стучка, имея в виду государственные учреждения, говорил, что «к юридическим лицам относятся и учреждения, не подходящие вовсе или так просто под понятие объединения лиц, но также представляющие собой коллективную личность»[1]. Это высказывание не получило дальнейшего развития в работах самого П. И. Стучки. Трудно поэтому с достаточной определенностью установить, что он подразумевал под коллективной личностью госорганов и о каком конкретном коллективе шла речь. Но уже самое провозглашение тезиса о коллективном характере государственных юридических лиц не оставляет никаких сомнений в том, что автор не сбрасывал со счетов их людской субстрат и не сводил проблему исключительно к выявлению их материальной основы.

То же самое можно сказать и о наиболее широко освещенной в литературе 20-х гг. теории юридической личности госорганов, автором которой был А. В. Венедиктов и которая нашла свое отражение в его опубликованной двумя изданиями в 1928 г. книге «Правовая природа государственных предприятий».

А. В. Венедиктов придерживался в этой работе взглядов, согласно которым государственный трест обладает двоякой природой: «В разных областях отношений трест выступает то как орган государства, то как юридическое лицо гражданского права». Как орган государства он выступает в отношениях, лишенных товарного содержания. Такова область «внутренних отношений», отношений треста с ВСНХ и другими планово-регулирующими учреждениями. Как юридическое лицо трест выступает в случаях, когда закрепленное за ним государственное имущество должно быть включено в сферу товарного обращения. Таковы отношения с «третьими лицами», т.е. с гражданами, кооперативными и даже государственными организациями, когда последние проявляют всецело и исключительно свою функцию юридических лиц. Только такие отношения приобретают характер отношений правовых. «Отношения с третьими лицами» — вот та сфера, в которой в первую и главную очередь проявляется юридическая личность треста». Напротив, своим вышестоящим органам трест противостоит «не как юридическое лицо гражданского права, а как орган того же государства, отношения которого, как госоргана, с другими госорганами являются отношениями организационно-техническими, а не правовыми». Этот последний вы-

[1] *Стучка П. И.* Курс советского гражданского права.— Т. II. С. 80.

вод был обусловлен тем, что, как объяснял тут же А. В. Венедиктов, «правовые отношения всегда субъектны, всегда предполагают наличие субъектов права, общественно-производственные отношения которых опосредствуются как правовые». Но госорганы, в каких бы отношениях они ни выступали, всегда «скрывают за собой одного и того же субъекта — государство». Во «внутренних» же отношениях государство в лице определенных его органов функционирует на обоих полюсах. Такие отношения лишены, следовательно, двусубъектности, а потому и не могут квалифицироваться как отношения правовые. Правда, этот ход рассуждений не помешал А. В. Венедиктову признать правовой характер за отношениями, складывающимися между государственными трестами, хотя и они, как автор тогда утверждал, олицетворяют собой всегда одного и того же субъекта — самое социалистическое государство. Выход из столь затруднительного положения А. В. Венедиктов находил в указании на то, что «атомизированный механизм товарного хозяйства, с одной стороны, требует персонифицированного товаровладельца, с другой же — допускает, чтобы один и тот же хозяйствующий субъект в товарном обороте выступал не в одном, а в нескольких лицах»[1].

Изложенные выводы в одной своей части были, несомненно, ошибочными и потому не только не вошли в научный арсенал советской цивилистической теории, но и оказались впоследствии пересмотренными самим автором. Так обстоит с отрицанием правовой природы «вертикальных» (или, по терминологии А. В. Венедиктова, «внутренних») отношений, лишенных гражданско-правового содержания, но бесспорно облекаемых в административно-правовую форму. Такой же оценки заслуживает трактовка экономической сущности юридического лица как товарной формы государственной собственности, ибо подобная трактовка неизбежно сопряжена с признанием в том или ином виде права собственности на государственное имущество за самими госорганами. Нужно лишь обратить внимание на то, что последнее положение, как и сведение людского субстрата госоргана к советскому государству в целом, отвергнутое самим А. В. Венедиктовым, защищается и в современных условиях некоторыми представителями как правовой, так и экономической науки.

---

[1] *Венедиктов А. И.* Правовая природа государственных предприятий.— Л., 1928, 2-изд.— С. 68–88.

Но гораздо более существен тот факт, что теория А. В. Венедиктова, развитая в 20-х гг., заключала в себе и много рационального, безоговорочно принятого нашей наукой и широко используемого ею в качестве повседневно применяемого рабочего инструментария. Не вызывают, в частности, никаких сомнений его суждения о субъектном характере правовых отношений уже просто как отношений общественных. В связи с этим вполне оправдана одна из исходных посылок теории А. В. Венедиктова, состоящая в том, что притязать на научность может лишь такая конструкция юридического лица, которая учитывает образующий его людской субстрат, хотя впоследствии эта посылка и вызвала к себе со стороны некоторых авторов весьма критическое отношение. Правильна также сама по себе идея экономической обусловленности юридической личности госорганов наличием товарно-денежных отношений, несмотря на то, что, как уже было отмечено, она не нашла в работах А. В. Венедиктова того времени необходимого конкретного воплощения.

При всем, однако, различии, если не противоположности, теорий А. В. Венедиктова и С. Н. Ландкофа их объединяет тот общий момент, что обе они опирались на меновую концепцию, а потому вышли из употребления одновременно с тем, как эта концепция была отвергнута и заменена учением о едином хозяйственном праве. Приходится вместе с тем констатировать, что длившийся вплоть до 1938 г. период безраздельного господства учения о едином хозяйственном праве оказался малоплодотворным для разработки советской теории юридических лиц. В Курсе советского хозяйственного права, опубликованном в 1935 г., С. Н. Братусь, обращаясь к правовому положению госорганов, не шел дальше общей характеристики хозрасчетной организации как субъекта, который персонифицирует государственную социалистическую собственность[1]. Аналогичными указаниями ограничивалась и приведенная здесь же общая обрисовка юридической личности кооперативно-колхозных организаций: в данном случае этот институт фигурирует как метод персонификации кооперативной собственности.[2] Учение о юридических лицах и не могло занять подобающего ему места в Курсе хозяйственного права, так как, соответственно самой идее построения, этот Курс специально такого учения не выделяет. Вопрос о юридических лицах рас-

[1]Курс советского хозяйственного права. Т. I. / Под ред. Л. Гинцбурга и Е. Пашуканиса.— С. 251.

[2] Там же.

сматривался в нем как один из вопросов общего учения о лицах в разделе, посвященном организационной структуре народного хозяйства СССР.

Но если хозяйственно-правовая концепция 30-х гг. не сделала каких-либо новых шагов в разработке цивилистической теории советских юридических лиц, то она все же знаменовала собой в этом вопросе новый этап с точки зрения анализа социальной сущности, организационной структуры и экономических предпосылок участия в имущественных отношениях государственных и кооперативных организаций[1]. Теперь уже не только не ставится под сомнение социалистическая природа юридической личности как государственных, так и кооперативно-колхозных организаций, но и подвергаются уничтожающей критике прямые или даже косвенные высказывания противоположного характера. Выявляются столь важные для самого признания государственных предприятий юридическими лицами двух— и трехзвенная системы их подчинения, а соответственно этому — организация работы предприятия на началах полного или внутреннего хозрасчета. Центральное место среди кооперативно-колхозных организаций отводится колхозам с изучением различных их уставных форм, методов организации, структуры имущества и т. д. Именно поэтому, несмотря на бросающиеся в глаза различия в подходе к юридическим лицам со стороны хозяйственно-правовой и пришедшей ей на смену концепции, конкретно-фактический материал, который первая накопила и обобщила, явился для второй исходным пунктом в ее собственных научных изысканиях.

Такие изыскания в период с 1938 по 1955 г. шли по разным направлениям. Но, несомненно, центральное место среди них заняло то направление, родоначальником которого был А. В. Венедиктов и которое приобрело известность под наименованием теории коллектива.

Эта теория впервые формулируется А. В. Венедиктовым в 1940 г. в его статье «Органы управления государственной социалистической собственностью»[2], а свое фундаментальное обоснование она получила в опубликованной в 1948 г. книге «Государственная социалистическая собственность». Как и раньше, А. В. Венедиктов связывает юридичес-

[1] См. там же.— С. 257–368.

[2] *Венедиктов А. В.* Органы управления государственной социалистической собственностью //«Советское государство и право, 1940. № 5–6.— С 24–51; Государственные юридические лица в СССР //Советское государство и право, 1940. №10, С. 62–87.

кую личность госорганов с сохранением товарно-денежных отношений в советской экономике, отказываясь лишь от освещения имущественных прав государственных юридических лиц с помощью понятия товарной формы государственной собственности. Такой методологический подход к рассматриваемой проблеме, не вызывающий каких-либо возражений, позволил А. В. Венедиктову, благодаря неуклонному следованию ему, правильно решить ряд относительно частных вопросов, связанных с этой проблематикой.

В частности, закрепляя в ст. 19 правило о том, что юридическими лицами являются государственные предприятия и их объединения, переведенные на хозяйственный расчет, ГК 1922 г. не формулировал такой же общей нормы для признания юридической личности за государственными учреждениями. Это дало повод М. С. Липецкеру в учебнике 1938 г. утверждать, что все учреждения, прямо не признанные юридическими лицами, таковыми и не являются, а в качестве носителя гражданских прав и обязанностей, возникающих из деятельности учреждений, выступает непосредственно государство[1]. Позиция М. С. Липецкера была в 1939 г. несколько смягчена Д. М. Генкиным, предложившим отличать государственные бюджетные учреждения от органов государственного управления с тем, чтобы первые считались юридическими лицами, а за последними это качество не признавалось[2]. Но уже в 1954 г. на дискуссии о юридических лицах М. О. Рейхель вновь воспроизводит взгляд, ранее защищавшийся М. С. Липецкером и затем получивший весьма широкую поддержку[3]. Понятно, что если согласиться с таким взглядом, то было бы невозможно объяснить природу имущественных отношений с участием государственных учреждений, которые прямо в законе юридическими лицами не признаны, однако в силу самой системы их организации способны к установлению этих отношений. А. В. Венедиктов еще в 1928 г. первым обратил внимание на то, что отмеченная способность есть следствие наделения руководителей соответствующих учреждений правами распорядителей кредитов, и предлагал все учреждения такого рода считать юридическими лицами. В действующем гражданском законодательстве это предложение воплощено в виде общей нормы, закрепленной ст. 11 Основ и

[1] Гражданское право. Ч. I.— М., 1938, С. 208.

[2] *Генкин Д. М.* Юридические лица в советском гражданском праве //Проблемы социалистического права, 1939, № 1.— С. 99.

[3] «Советское государство и право», 1954, № 8, С. 117.

соответствующими ей статьями всех без исключения гражданских кодексов союзных республик.

Но дело не столько в отдельных, хотя иногда и очень важных, частностях, сколько в разработке общего учения о советских государственных юридических лицах. Главные положения этого учения, как оно воплотилось в теории коллектива, сводятся к тому, что в основе гражданской правосубъектности госорганов лежит не только единство государственной социалистической собственности, но и оперативное управление ее составными частями. Единство государственной собственности означает, что за каждым госорганом как юридическим лицом стоит собственник находящегося в его управлении имущества — советский народ, организованный в государство. Оперативное же управление выделенной госоргану частью государственного имущества по воле народа, проводником которой является назначенный государством ответственный руководитель (директор, заведующий, начальник и т. п.), осуществляет не только этот руководитель, а возглавляемый им коллектив рабочих и служащих госоргана в целом, поскольку именно в их производственных и иных действиях воплощается деятельность самого государственного юридического лица. Сообразно с этим «советский социалистический хозяйственный орган (госпредприятие) может и должен быть определен как организованный государством коллектив рабочих и служащих во главе с его ответственным руководителем, на который государство возложило выполнение определенных государственных задач и которому оно предоставило для осуществления этих задач соответствующую часть единого фонда государственной собственности»[1].

Изложенная теория первоначально вызвала критику в гораздо большей степени, чем поддержку. В общетеоретическом плане ее поддержал в конце 40-х — начале 50-х гг. только С. Н. Братусь — сначала в книге «Юридические лица в советском гражданском праве» (1947 г.), а затем в Курсе гражданского права «Субъекты гражданского права» (1950 г.)[2]. Ее не могли также не использовать многие авторы, специ-

---

[1] *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность.— С. 591.

[2] См. также положительные отклики на эту теорию в рецензиях, посвященных книге А. В. Венедиктова «Государственная социалистическая собственность» и принадлежащих перу В. М. Догадова. (Л., Вестн. Ленингр. ун-та, 1949, № 4, С. 161–162) и З. И. Шкундина («Новый мир», 1949, № 5, С. 302–309).

ально исследовавшие проблему гражданско-правовой ответственности[1], ибо распространить на юридические лица такие условия возложения этой ответственности, как вина или причинная связь, без выявления коллективной природы госорганов вообще едва ли возможно.

Небезынтересно, однако, что распространению влияния теории коллектива в определенном смысле способствовали и ее критики, так как все они оказались единодушны в одном выдвигавшемся против этой теории возражении: идея коллектива стирает грани различия между госорганами и кооперативно колхозными организациями. Но в таком случае, по крайней мере, негативно признавалось, что кооперативно-колхозные организации как юридические лица уже, вне всякого сомнения, являются определенным образом организованными коллективами. Это позволило впоследствии и самому А. В. Венедиктову, не прекращавшему дальнейшей разработки своей теории, представить ее как общую для всех советских юридических лиц с разграничением в пределах единого понятия коллектива отдельных видов по-разному организованных коллективных образований (государственных, кооперативно-колхозных и общественных организаций)[2]. Впрочем, определенные шаги в том же направлении, хотя и с несколько иной стороны, были им сделаны уже в книге «Государственная социалистическая собственность».

Обращаясь к юридической личности вышестоящих кооперативных звеньев — кооперативных союзов, А. В. Венедиктов подчеркивал, что в них происходит отделение «управления» имуществом от права собственности аналогично тому, как такое отделение происходит в государственных органах. На этом основании автор приходил к выводу, что за кооперативным союзом (имелась в виду промысловая кооперация) как юридическим лицом стоят: «1) коллектив членов всех объединяемых им артелей — в качестве действительного собственника имущества союза как кооперативного объединения...; 2) коллектив рабочих и служащих союза, возглавляемый правлением союза и собранием уполномоченных всех артелей, как тот коллектив, который непосредственно осуществляет задачи данного юридического лица (союза) и в непосредственное оперативное управление которого выделено имущество, предназначенное для осуществления этих задач»[3].

[1] См., напр.: *Матвеев Г. К.* Вина в советском гражданском праве.— Киев, 1955.— С. 201–236.

[2] См., напр.: *Венедиктов А. В.* О государственных юридических лицах в СССР. Вести. Ленингр. ун-та, 1955, № 3.— С. 83–107.

[3] *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность.— С. 68.

Здесь уже речь идет о кооперативных коллективах, не столько отличающихся от государственных, сколько сходных с последними даже по системе своей организации. Недаром Д. М. Генкин, всегда оставшийся одним из наиболее решительных противников теории коллектива, уязвимость приведенных рассуждении А. В. Венедиктова в том, как раз, и усматривал, что они якобы приводят к конструированию собственности кооперативной системы на основе принципа единства фонда, на самом деле характерного лишь для государственной социалистической собственности[1]. И только в виде труднообъяснимого парадокса можно, предвосхищая последующее изложение, сослаться на то, что основанная на тождественных научных посылках идея общего понятия оперативного управления, применимого как к государственной, так и ко всем другим формам социалистической собственности, была выдвинута впоследствии самим Д. М. Генкиным и прочно вошла в арсенал широко используемых в нашей науке цивилистических категорий.

Дело, однако, не ограничивалось одной только критикой теории коллектива. Ей были противопоставлены и три другие теории.

Первая из них, кратко именуемая теорией государства, принадлежит С. И. Аскназий[2]. Исходя из того, что единым и единственным собственником государственного имущества является самое социалистическое государство, и что при установлении гражданских правоотношений с участием госорганов в их основе лежит государственная собственность, С. И. Аскназий пришел к выводу, что за каждым государственным юридическим лицом стоит Советское государство в целом как всенародный организованный коллектив. Индивидуализацию же госоргана следует искать не в стоящем за ним людском коллективе, а в специфике того участка, на котором осуществляется его деятельность. «За каждым данным предприятием,— формулирует свой конечный вывод С. И. Аскназий,— оказывается один и тот же субъект, однако не в единстве всех своих функций, а организующий именно данный участок своей работы, на котором должен быть достигнут определенный хозяйственный эффект... Таким субъектом является государство, взятое, однако, не в

---

[1] «Советское государство и право», 1954, № 8, С. 113.

[2] См.: *Аскназий С. И.* Об основаниях правовых отношений между государственными социалистическими организациями. Учен. зап. Ленингр. юрид. ин-та. Вып. IV.— Л., 1947.— С. 5–47.

единстве всех своих функций, а действующее лишь на определенном участке социалистической системы, т. е. хозяйственно использующее определенное имущество при посредстве определенного коллектива работников»[1].

Вторая теория — теория директора — в наиболее развернутом виде представлена в работах Ю. К. Толстого[2]. Эта теория основывается на том, что единственным субъектом, управомоченным выражать волю госоргана в сфере правоотношений, является его руководитель — директор, воля которого определяется волей государства и в то же время не зависит от воли работников госоргана. Он же, директор, в соответствии с плановыми заданиями государства осуществляет правомочия по владению, пользованию и, в известных пределах, распоряжению выделенным в оперативное управление госоргана имуществом. Следовательно, «за каждым государственным юридическим лицом стоят: 1) само социалистическое государство как единый и единственный собственник предоставленного госоргану имущества; 2) ответственный руководитель госоргана, который получает от государства средства производства и другое имущество и, не становясь, разумеется, его собственником, утверждается как уполномоченный Советского государства по управлению этим имуществом согласно планам, преподанным государством»[3].

Третья теория — теория социальной реальности — в основных своих чертах, хотя и без использования этого наименования, была изложена в 1948 г. Н. Г. Александровым. Усмотрев юридический натурализм в самих попытках обнаружения людского субстрата юридического лица, Н. Г. Александров определял его как «особое отношение между людьми по поводу имущества, отношение, заключающееся в том, что известный имущественный комплекс для обеспечения тех или иных общих интересов передается в управление тем или иным дееспособным лицам («органам» юридического лица). Последние от имени юриди-

---

[1] Там же.— С. 33.

[2] Автор изложил ее сперва в автореф. канд. дисс. 1953 г., затем в книге «Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР».— Л., 1955.— С. 60–92.

См. также выступление М. В. Гордона на дискуссии о государственных юридических лицах в 1954 г. «Советское государство и право», 1954. № 8. С. 118.

[3] *Толстой Ю. К.* Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР.— Л., 1955, С. 88.

ческого лица приобретают имущественные правомочия, реализуемые для пополнения данного имущественного комплекса, и принимают имущественные обязанности, выполняемые за счет средств этого комплекса»[1]. Но если Н. Г. Александров говорил о конкретных людях, хотя бы в связи с характеристикой органов юридического лица, то на дискуссии 1954 г. С. И. Вильнянский объявил бесплодной какую бы то ни было постановку вопроса о людском субстрате юридических лиц[2], а Д. М. Генкин как на самой этой дискуссии, так и в работе 1955 г. отмечал, что вполне достаточно признания юридического лица такой же социальной реальностью, какой являются другие субъекты права, чтобы отпала необходимость в поисках иного его общественного содержания[3].

Можно без всякого преувеличения сказать, что сторонники теории социальной реальности не столько решали проблему юридического лица, сколько уклонялись от ее разрешения. Что юридическое лицо — социальная реальность, это, конечно, не подлежит никакому сомнению, и как нечто само собой разумеющееся признается и авторами других только что рассмотренных теорий: иначе они не обращались бы ни к выявлению людского субстрата, ни к характеристике экономической основы юридического лица. Но социальных реальностей существует огромное множество. Ими являются также само право, правовые нормы, отдельные юридические акты, правоотношения и т. п. Какую бы из перечисленных реальностей мы ни взяли, она получает в науке и более конкретную характеристику, всегда включающую указания на субъектный момент: норма права выражает волю государства, правоотношение устанавливается между конкретными лицами и т. д. Иначе и быть не может, так как общественная природа того или иного явления остается не распознанной и не раскрытой до тех пор, пока не получен ответ на вопрос — отношения между какими людьми, группами людей, классами данное явление выражает. Одно только упоминание об отношениях, на базе которых органы юридического лица пополняют и расходуют его имущество, ответа на этот вопрос не дает.

---

[1] *Александров Н. Г.* Трудовое правоотношение.— М., 1948.— С. 202.

[2] «Советское государство и право», 1954. № 8.— С. 116.

[3] См. там же. С. 111. См. также: *Генкин Д. М.* Значение применения института юридической личности во внутреннем и внешнем товарообороте СССР. В сб. научн. трудов Московск. ин-та народного хозяйства им. Г. В. Плеханова. Вып. IX, 1955.— С. 8, 16–17. Незадолго до дискуссии в защиту той же позиции выступил Б. Б. Черепахин (см. Ленингр. юрид. ин-т им. М. И. Калинина. Научн. сессия. Тезисы докладов.— Л., 1953.— С. 12).

Не обеспечивается теорией социальной реальности и сколько-нибудь ощутимый эффект чисто практического порядка. Ею невозможно воспользоваться при решении проблемы гражданско-правовой ответственности и многих других проблем, для которых учение о юридических лицах обладает прикладной значимостью. Действительно, возложение ответственности предполагает определенный волевой акт — акт неправомерно-виновного поведения, находящегося в причинной связи с возникшими отрицательными последствиями. В чем воплощается такое поведение у привлекаемых к ответственности юридических лиц, если они — не более чем социальная реальность?

Д. М. Генкин, имея в виду гражданско-правовую ответственность госоргана, пытался обосновать ее ссылкой на ч. 2 ст. 119 ГК РСФСР 1922 г., вводившую ответственность за чужую вину[1]. Но тогда нужно было бы признать, что все работники госоргана, в том числе директор, не включаются в его состав, а противостоят ему как те лица, которым госорган перепоручает выполнение своих обязательств. Поскольку же все функции госоргана выполняют его работники, то сам госорган, если работники не входят в его состав, превращается в какую-то передаточную инстанцию по отношению к «другим лицам» и «центр приурочения ответственности» за действия этих лиц. Полная несовместимость таких построений с действительной сущностью государственных юридических лиц настолько очевидна, что в особом доказывании едва ли нуждается.

Нельзя пройти и мимо того факта, что в пределах такой социальной реальности, как юридическое лицо, имеются различные ее разновидности, например, государственные и кооперативно-колхозные организации. Важно поэтому выявить не только специфику юридического лица по сравнению с другими социальными реальностями, но и особенности каждой более частной социальной реальности в границах общего понятия юридического лица.

Д. М. Генкин учитывает выдвинутое требование, когда обращается к правовому положению кооперативно-колхозных организаций: «Для колхоза, промысловой артели, сельского потребительского общества как юридических лиц характерно наличие коллектива членов, выражающих в правовом отношении волю этих организаций»[2]. Иной подход

[1] *Генкин Д. М.* Значение применения института юридического лица во внутреннем и внешнем товарообороте СССР.— С. 14.

[2] Там же.— С. 9.

обнаруживается им применительно к государственным организациям: «Госорган — это не обособленное имущество, а юридическое лицо, являющееся социальной реальностью, наделяемое имуществом для достижения возложенных на юридическое лицо задач»[1]. Но приведенная характеристика вполне распространима и на кооперативно-колхозные организации, признанные юридическими лицами. А если там она нуждается в дополнении указанием на коллектив членов, выражающих волю юридического лица, то должен быть отмечен и существенный признак, специфический именно для государственных юридических лиц. Не приводя такого признака, сторонники теории социальной реальности едва ли могут оспорить бросающуюся в глаза незавершенность их учения, остающегося пока лишь в рамках постановки проблемы, очень далекой от ее разрешения.

С этой точки зрения, как теория государства, так и теория директора обладают сравнительно с теорией социальной реальности несомненными преимуществами. Они совпадают с теорией коллектива в том смысле, что так же, как и последняя, стремятся к выявлению конкретных отношений между людьми, получающих в институте юридического лица свое правовое закрепление. Вместе с теорией коллектива они рассматривают кооперативно-колхозные организации как юридические лица, построенные по модели коллектива, опирающегося на членство. И лишь в характеристике людского субстрата государственных юридических лиц они расходятся не только с теорией коллектива, но и друг с другом, сводя такой субстрат либо к одному лишь всенародному коллективу (государству), либо также к директору как назначенному государством ответственному руководителю госоргана. Это расхождение настолько существенно, что полемика между сторонниками названных теорий не уступает в своей остроте той критике, которой подвергается теория социальной реальности или теория коллектива.

Главный недостаток теории государства усматривается в том, что она не раскрывает сущности правовых отношений, устанавливаемых между госорганами, ибо если за каждым госорганом стоит государство и только государство, то правовые отношения между двумя государственными организациями становятся отношениями государства с самим собой. Эта теория зиждется всецело на том, что экономическую основу госоргана как юридического лица образует государственная

[1] Там же.— С. 17.

социалистическая собственность и упускает из виду осуществляемое госорганом оперативное управление выделенным ему имуществом. Но если субъектом права государственной собственности является государство, то этого отнюдь нельзя сказать о субъекте оперативного управления, которое, таким образом, оказывается бессубъектным в трактовке подобного рода. Что же касается гражданско-правовой ответственности и других конкретных практических проблем, то на почве теории государства они неразрешимы в такой же мере, как и с позиций теории социальной реальности.

Главный недостаток теории директора усматривается в том, что она приводит к отождествлению государственного юридического лица с его органом, каковым и является директор. Вследствие этого отношения, которые складываются между госорганом и его директором, независимо от того, считать ли их двусубъектными или выражением связи целого и части, выступают как отношения одного и того же субъекта (целого) с самим собой. Эта теория зиждется на том, что юридически целенаправленные акты в сфере гражданского оборота вправе совершать лишь орган юридического лица. Но участие госоргана в гражданском обороте не исчерпывается заключением договора, а требует также его исполнения, которое не может быть обеспечено только действиями директора. Гражданские правоотношения с участием госорганов, кроме того, формируются или преобразуются в связи с совершенными деликтами либо привлечением к ответственности за нарушение договорного или иного обязательства. На вопрос об определении оснований такой ответственности применительно к государственным юридическим лицам сами авторы теории директора вовсе не отвечают. Практически же этот вопрос должен ими решаться по правилам об ответственности за действия директора как за свою вину и за действия других работников — как за чужую вину, если нет оснований для вменения директору вины в ненадлежащем выборе работника или неосуществлении должного надзора за ним. А в таком случае теория директора страдает хотя и в несколько уменьшенном объеме, но по сути дела теми же практическими недостатками, что и теория социальной реальности в том виде, в каком ее развивал Д. М. Генкин.

Неудивительно поэтому, что в ходе дальнейшего развития советской цивилистической мысли ни теория государства, ни теория директора не встретили поддержки с чьей-либо стороны. Не приводили для подкрепления этих теорий новых аргументов и сами их авторы. В

работах, появившихся начиная с 1956 г., если и фигурирует какая-либо иная концепция, кроме теории коллектива, то лишь концепция социальной реальности. Но она представлена уже в варианте, существенно отличающемся от первоначального, о чем свидетельствует одна из немногочисленных публикаций в ее защиту — работа Б. Б. Черепахина «Волеобразование и волеизъявление юридического лица»[1] .

Как и другие сторонники теории социальной реальности, автор не допускает самой постановки вопроса о том, кто стоит за фигурой юридического лица. Этот вопрос, с его точки зрения, в такой же степени неправомерен, как и по отношению к гражданину, хотя он тоже становится субъектом права в своем качестве социальной реальности, а не психофизической особи. Тем не менее, Б. Б. Черепахин не отрицает роли ни директора, ни коллектива работников в существовании и осуществлении юридической личности госорганов. По его мнению, сделкоспособность государственных юридических лиц приурочивается к их органам, а деликтоспособность — к деятельности всего возглавляемого этими органами коллектива. Такой ход рассуждений позволил автору утверждать, что ответственность государственного юридического лица за действия своих работников, в которых воплощается его деятельность, есть ответственность за свои, а не за чужие действия. Но тем самым он покинул в известной мере и почву теории социальной реальности, примкнув отчасти к теории директора и в еще более значительных масштабах к теории коллектива.

Именно последней теории в период второй кодификации советского гражданского законодательства было суждено, наряду с критическими соображениями, встретить самую широкую поддержку в литературе, а затем и определенное законодательное признание.

Опровержение некоторых критических аргументов, выдвинутых против теории коллектива, особых затруднений не вызывало. Так обстояло, например, с указанием критиков на то, что если за госорганом стоят два коллектива — коллектив работников и государство в целом, то в рамках последнего и теории А. В. Венедиктова не удалось избежать «отношений с самим собой» в области правовых контактов между самими госорганами. Не следует смешивать отношения между частями целого (между госорганами как органами государства) с отношением целого к самому себе: последнее исключено, а первое вполне возмож-

[1] «Правоведение», 1958, № 2.— С. 43–50.

но, хотя бы целое само предопределяло характер отношений между своими частями.

Другие критические аргументы ставили сторонников теории коллектива в весьма затруднительное положение. Так обстояло, в частности, с указанием на трудовой коллективный договор, который заключается между администрацией предприятия и профсоюзом, объединяющим весь коллектив его работников, т. е. между частью и целым, в которое входит эта часть. Представляется, однако, что субъектом коллективного договора является именно администрация, а не предприятие в целом (как в свое время полагали сами сторонники теории коллектива) и, значит, в нем участвуют два разных коллектива. Правда, один из них по отношению к другому выступает как часть по отношению к целому. Но правовые связи между частью и целым столь же возможны, как и между разными частями единого целого.

Третьи критические аргументы обращали внимание действительно на уязвимые места теории коллектива и тем самым содействовали ее дальнейшему совершенствованию. Так именно обстояло с выяснением роли коллектива в формировании юридически значимой воли госоргана как юридического лица. Сторонники этой теории показали, однако, что исходящий от юридического лица, как и от любого другого субъекта, волевой акт представляет собой определенный процесс, лишь завершающийся изъявлением юридически значимой воли, но не сводящийся к такому изъявлению. И если обладающее правовой силой в сфере гражданского оборота волеизъявление приурочивается к актам органов государственных юридических лиц, то подготовка таких актов и реализация возникших из них прав и обязанностей предполагают деятельность всего коллектива рабочих и служащих госоргана[1]. Что же касается деликтоспособности, то применительно к ней теперь уже закон в лице Основ гражданского законодательства 1961 г. и республиканских гражданских кодексов 1963–1964 гг. прямо признает деятельность рабочих и служащих деятельностью самого юридического лица.

Позиции теории коллектива получили легальную поддержку и в ряде других направлений. Нормативные акты, изданные в конце 50-х гг. и в последующие годы, усилили роль производственного коллектива благодаря образованию постоянно действующих производственных совещаний, введению обязательного обсуждения на них многих хозяйственных вопросов впредь до принятия окончательного решения дирек-

[1] См. подробнее: *Мусин В. А.* Волевые акты государственного предприятия и проблема сущности юридического лица //Правоведение, 1953, № 1.

тором, передаче для совместного осуществления администрацией и фабзавместкомом правомочий, связанных с управлением поощрительными фондами, и др. Свое откристаллизованное воплощение этот законотворческий процесс нашел как в принятом 4 октября 1965 г. Положении о социалистическом государственном производственном предприятии[1], так и вообще в относящемся к тому же времени законодательстве об экономической реформе[2].

Под влиянием этих фактов численность сторонников теории коллектива начинает все более возрастать. К ним присоединяются и некоторые из былых противников этой теории[3], воспроизводимой в качестве единственно правильной как в учебной литературе[4], так и (иногда с некоторыми модификациями)[5] в литературе монографической.

В работах последнего времени центральное место занимает уже не вопрос о людском субстрате государственных юридических лиц, а проблемы иного характера, такие, как организация хозрасчета на государственных предприятиях, сочетание гражданской правосубъектности юридического лица с административной правосубъектностью его внутренних подразделений, правовое положение государственных предприятий в отношениях друг с другом и с вышестоящими органами и т. п [6].

---

[1] СП СССР, 1965, № 19–20, ст. 155.

[2] СП СССР, 1965, № 19–20, ст. 152–154.

[3] См., напр., заявление, сделанное Р. О. Халфиной по поводу эволюции ее взглядов в книге «Государство, право и экономика» // Под ред. В. Чхиквадзе.— М., 1970.— С. 353.

[4] См., напр.: Советское гражданское право. Т. I. Учебник для юридических вузов.— Л., 1971.— С. 114.

[5] См., напр.: *Грибанов В. П.* Юридические лица.— М., 1966.— С. 62, где теория коллектива обосновывается путем одновременного привлечения не двух, а трех коллективов — государства, рабочих и служащих, администрации во главе с ответственным руководителем.

[6] См.: *Танчук И. А.* Правовые вопросы хозрасчета в условиях экономической реформы. Учен. зап. ВНИИСЗ, 1967, вып. 10; *Басин Ю. Г.* Хозяйственный расчет и его правовые формы //Советское государство и право, 1968, № 7; *Певзнер А. Г.* Хозрасчет в производственных объединениях.— М., 1968; *Рахмилович В. А.* Хозрасчет и имущественная ответственность органов хозяйственного управления // Советское государство и право, 1968, № 10; *Братусь С. Н.* Ленинские принципы социалистического хозяйствования и правовые проблемы экономической реформы. В кн.: Ленинские принципы социалистического хозяйствования и правовые проблемы экономической реформы.— Свердловск, 1969; *Калмыков Ю. Х.* Хозяйственный расчет и гражданское право.— Саратов, 1969; *Лаптев В. В.* Правовые отношения в хозяйственной системе //Советское государство право, 1970, № 6; *Собчак А. А.* Содержание и границы самостоятельности предприятий //Советское государство и право», 1971, № 3.

В связи с постановлением ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 2 марта 1973 г. «О некоторых мероприятиях по дальнейшему совершенствованию управления промышленностью»[1] и созданием на его основе промышленных и производственных объединений усиленное внимание привлекает к себе правовое положение как самого объединения, так и отдельных его частей.

Что касается производственных объединений, то вопрос об их правовом статусе более или менее ясен. Поскольку входящие в их состав производственные единицы не обладают качествами, обязательными для самостоятельных предприятии, сами объединения становятся укрупненными предприятиями с признанием за ними прав юридического лица. Возникающая здесь своеобразная научно-практическая проблематика обусловлена лишь тем, что, не будучи юридическими лицами, производственные единицы могут все же заключать хозяйственные договоры. Но такие договоры считаются заключенными от имени объединения и под его ответственность. Они знаменуют, поэтому не формирование специфической, ранее не встречавшейся правосубъектности производственных единиц, а использование таких методов осуществления правосубъектности объединений, которые доступны обычным предприятиям только в случаях образования филиалов.

Сложнее обстоит дело с промышленными объединениями, которые, в отличие от объединений производственных, не упраздняют юридической личности объединившихся предприятий, но предполагают образование наряду с ними особого органа — управления, руководящего работой всего объединения и осуществляющего в процессе такого руководства также отдельные оперативно-хозяйственные функции. Каков правовой статус этого органа и как он соотносится с правовым статусом объединения в целом?

Поставленный вопрос не нашел в правовой науке однозначного разрешения. Ю. Г. Басин, например, предлагал считать юридическими лицами и объединение, и входящие в его состав предприятия: объединение — в пределах централизованных фондов и заключения договоров в интересах всей представляемой им хозяйственной системы, а предприятия — в пределах закрепленного за ними имущества и договоров, обслуживающих их собственные хозяйственные потребности. И только в той мере, в какой управление или иной руководящий орган выпол-

[1] СП СССР, 1973, № 7, С. 31.

няет собственные оперативно-хозяйственные функции, выступая от своего имени, а не от имени объединения, юридическим лицом, по концепции Ю. Г. Басина, становится также сам этот орган[1]. Как единый субъект права объединение расценивается и авторами, включающими в сферу его оперативного управления помимо централизованных фондов, также имущество, закрепленное за объединенными предприятиями[2]. Но, не говоря уже о том, что «двойное» оперативное управление одним и тем же имуществом не согласуется с юридической самостоятельностью объединенных предприятий, его оборотной стороной неизбежно явилось бы «разделенное» оперативное управление, столь же неприемлемое, как неприемлема в условиях социалистического хозяйствования «разделенная» собственность.

Выдвигалась и другая конструкция, приурочивающая права юридического лица только к руководящему органу, но не к самому объединению.[3] Именно эта конструкция получила поддержку в Общем положении о всесоюзном и республиканском промышленных объединениях[4], п. 5 которого признает юридическим лицом не объединение, а только его управление.

Непосредственной теоретической реакцией на это законодательное правило явилось утверждение, что отныне не только о юридической личности, но и вообще о какой бы то ни было правосубъектности объединения не может быть речи[5]. Тем не менее, тут же отмечалось, что «хозяйственная система, не являясь субъектом права, имеет важное правовое значение. Ей устанавливаются плановые задания, выделяются ассигнования из государственного бюджета, фонды на материально-техническое снабжение, кредитные лимиты»[6]. Еще более показателен тот факт, что в самом Положении промышленное объединение рассматривается как единый производственно-технический комплекс (п. 1), а

---

[1] *Басин Ю. Г.* Юридические формы хозрасчета системы объединений //Советское государство и право, 1972, № 3.— С. 95–100.

[2] *Цимерман Ю. С., Рутман Л. М.* Производственные объединения в новых условиях управления промышленностью //Советское государство и право, 1971, № 2.— С. 79.

[3] *Рахмилович В.* Государственные предприятия и их объединения — юридические лица //Советская юстиция», 1968, № 8.— С. 10.

[4] СП СССР, 1973, № 7.— С. 32.

[5] *Лаптев В. В.* Правовое положение объединений в промышленности //Советское государство и право, 1973, № 8.— С. 11.

[6] Там же.

самостоятельные балансы управления и предприятий предложено включать в сводный баланс объединения (п. 29). Тем самым административная (административно-хозяйственная, административно-плановая) правосубъектность промышленных объединений уж во всяком случае, не может быть поставлена под какое-либо сомнение. Такая правосубъектность молчаливо предполагается в публикациях, ограничивающихся указанием лишь на то, что промышленное объединение не является юридическим лицом.[1] Вместе с тем она без всяких колебаний констатируется теми, кто подчеркивает, что «проблема правосубъектности не исчерпывается вопросом о юридическом лице» и что «субъектами юридических отношений, опосредствующих плановое управление, могут быть организации, не являющиеся юридическими лицами»[2].

Очевидно также, что отсутствие в Положении прямого указания на юридическую личность промышленного объединения отнюдь не закрывает пути к ее доктринальному обоснованию. Истории советской цивилистической мысли известны случаи предвосхищения прямого законодательного признания прав юридической личности благодаря анализу конкретных субъективных прав, предоставленных по закону организациям определенных видов. Если предпосылки для подобного анализа содержатся в законодательстве о промышленных объединениях, то и извлечение соответствующего общего вывода не представляло бы собой ничего неожиданного.

Необходимо в то же время отметить, что на дискуссию о правовом положении объединений и еще в большей степени на общую дискуссию о юридическом лице наложили в последние годы отпечаток некоторые тенденции, наметившиеся в развиваемом рядом авторов учении о хозяйственном праве. Наиболее характерная их устремленность обращена к ликвидации грани между юридическими лицами и иными организационно-правовыми образованиями, к критической оценке либо даже к прямому отрицанию самого понятия юридического лица. Чтобы уяснить сущность таких тенденций, нужно вспомнить об одной из важнейших особенностей понятийного аппарата любой, в том числе юридической науки, состоящей во взаимном согласовании отдельных элементов этого аппарата, которое опирается на субординационное или координационное их взаимодействие.

[1] *Ильин И. К.* Промышленные объединения и совершенствование управления промышленностью //Советское государство и право, 1973, № 11.— С. 4.

[2] *Рахмилович В. А.* Хозрасчет в промышленных объединениях //Советское государство и право, 1973, № 8.— С. 25.

Координационные связи устанавливаются между такими научными понятиями, которые, не перекрещиваясь друг с другом в логическом объеме, выступают как однородные по характеру отражаемых в них объектов, а потому могут быть объединены на базе более широких обобщений. При этом равновеликость логических объемов сопоставляемых понятий обусловливает их прямую, а разновеликость — косвенную координацию. Поскольку, например, понятия административного проступка и уголовного преступления как общеотраслевые равновелики по объему, а как однопорядковые объединены в категории правонарушения, они находятся в отношениях прямой координации. Напротив, понятия административного проступка и преступления против личности состоят в отношениях косвенной координации, ибо их объемы разновелики, и они могут стать соизмеримыми лишь после того, как общеотраслевой категории административного проступка внутриотраслевое понятие преступления против личности будет противопоставлено через отраслевую же категорию уголовного преступления.

Субординационные связи также предполагают однородность понятий по характеру отражаемых ими объектов. Но они либо перекрещиваются в объемах, и тогда возникает логическая субординация, либо, оставаясь вне объемного взаимопересечения, выполняют служебную роль одно по отношению к другому, и тогда возникает субординация функциональная. Наиболее привычна благодаря своей повседневной обиходности логическая субординация, сообщающая о себе всякий раз, когда сопоставляются видовые и родовые понятия, например, правовой и социальной нормы или гражданского и вообще социалистического правоотношения. Сравним, однако, такие явления, как правосубъектность и представительство. Представительство не составляет вида правосубъектности и не восходит к ней как к своему ближайшему или более отдаленному роду. Но в определенных обстоятельствах правосубъектность реализуется через представительство, а представительство при всех условиях обслуживает реализацию правосубъектности. Поэтому и его понятие опирается на правосубъектность как на свою исходную категорию, хотя в смысле логического объема не уступает этой категории ни в малейшей степени.

Но строится ли субординационная связь как логическая или функциональная, она, подобно связи координационной, тоже бывает прямой и косвенной. Все зависит от того, примыкают ли взаимосвязанные понятия друг к другу непосредственно или разделены определенными

промежуточными звеньями. Нет никаких сомнений в том, что с общей категорией социальной нормы понятие юридической нормы состоит в прямой, а понятие отраслевой нормы — в косвенной логической связи. С не меньшим основанием можно утверждать, что к категории правосубъектности от понятия представительства ведет прямая, а от понятия полномочия представителя — косвенная функциональная связь.

При выработке научных понятий важно не только соблюсти требования, предъявляемые к их образованию, но и безошибочно определить место, отводимое вновь созданному понятию в общем понятийном аппарате данной науки или системы наук. Неправильно образованное понятие не работает. Но оно не работает само по себе, не вызывая аритмии в функционировании всего научно-понятийного аппарата. Когда же допускаются погрешности в установлении координационных или субординационных связей между двумя или несколькими понятиями, это сказывается как на понимании каждого из них в отдельности, так и на соединенном использовании целой их совокупности.

Такие именно погрешности и наблюдаются в предложении А. Б. Годеса, одного из сторонников теории хозяйственного права, присоединить к субординационному логическому ряду «субъект права — юридическое лицо» еще одну логическую рубрику — внутрихозяйственное юридическое лицо как субъект права с ограниченной правоспособностью. При этом, как разъясняет автор, если юридическое лицо — хозрасчетное предприятие в целом, то внутрихозяйственным юридическим лицом является цех, участок или аналогичное другое внутреннее звено предприятия[1].

Известно, однако, что юридическое лицо — субъект гражданского права. Этого не отрицают как сам А. Б. Годес, так и его единомышленники по концепции хозяйственного права[2]. Как таковое юридическое лицо способно быть носителем субъективных гражданских прав и обязанностей. А раз внутрихозяйственное — это тоже юридическое лицо, но лишь с ограниченной правоспособностью, оно должно соотноситься с «полным» юридическим лицом как вид с родом, и таким образом, состоять с ним в отношениях логической субординации. Тем самым проливается свет и на тайный смысл приписываемого внутренним звеньям предприятия свойства ограниченной правоспособности. Такое свой-

[1] Учен. зап. ВНИИСЗ. Вып. 10.— М., 1957.— С. 130.

[2] См., напр.: *Лаптев В. В.* Правовое положение государственных промышленных предприятий в СССР.— М., 1963.— С. 21–22.

ство означает нечто иное, как способность обладать хотя и не всеми, но уж во всяком случае, отдельными правомочиями и обязанностями из числа доступных предприятию как юридическому лицу в общепринятом его понимании. И как только это становится очевидным, так сразу же выясняется беспочвенность самого новообразованного понятия: внутрихозяйственных юридических лиц не бывает уже потому, что ни одно гражданское право и ни одна гражданская обязанность никогда не принадлежали и не могли принадлежать не хозрасчетному целому, а внутрихозрасчетной части — не единому предприятию, а отдельному его подразделению.

Но если рассматриваемая концепция не выдерживает критики с точки зрения логической, то, быть может, она оправдана в плане функциональной субординации или если не субординации, то, по крайней мере, координации соответствующих понятий? Поскольку внутренним звеньям закрыт доступ к внешним отношениям, в которых реализуется юридическая личность предприятия, функциональная субординация понятий «полного» и «внутрихозяйственного» юридического лица мыслима не в большей степени, чем логическая. Что же касается координационной связи, то, не говоря уже о ее несовместимости с реальным соотношением таких образований, как цех и предприятие, она не согласуется с самой идеей противопоставления лицу, действующему «вовне» с полнообъемной правоспособностью, субъекта, функционирующего лишь «внутри» и только с ограниченной правоспособностью.

Остается поэтому предположить, что, выдвинув научное понятие на словах, А. Б. Годес фактически не пошел дальше образования нового термина, призванного, несмотря на свое «цивилистическое» звучание, обозначить далеко не «цивильные» явления. Но едва ли возможно раздвинуть рамки использования сложившейся терминологии путем переноса из привычной в парадоксальную для нее ситуацию. По этой причине «внутрихозяйственное юридическое лицо» — термин не более перспективный, чем «обязательство по внутрихозяйственным поставкам», как именует тот же автор завершающееся созданием готового продукта перемещение из цеха в цех сырья, материалов, полуфабрикатов и других материальных ресурсов[1].

Наряду со стремлением продолжить логический ряд «субъект права — юридическое лицо» по нисходящей линии делаются шаги к тому,

[1] *Годес А. Б.* Регулирование внутрихозяйственной деятельности предприятий // Советское государство и право, 1968, № 9.— С. 115.

чтобы в рамках хозяйственного права исключать из этого ряда категорию юридического лица и в то же время удлинить его при помощи понятия «компетенция» в восходящем направлении. Так, В. В. Лаптев полагает, что, поскольку юридическое лицо — носитель гражданских прав и обязанностей, хозяйственно-правовая трактовка правосубъектности несовместима с понятием юридического лица и вообще не испытывает в этом понятии какой-либо надобности. По его мнению, гораздо существенней тот факт, что, помимо предприятий, есть вышестоящие звенья социалистической хозяйственной системы, имеющие с предприятиями в сфере правосубъектности то общее, что они наделены определенной компетенцией, хотя бы ни теоретически, ни легально не признавались юридическими лицами. Не юридическое лицо, а правосубъектный хозорган как носитель соответствующей компетенции — вот что стоит в центре хозяйственного права как особой отрасли советского права[1].

И если в ходе дальнейшего исследования той же проблемы отрицание категории юридического лица не встретило поддержки даже со стороны приверженцев хозяйственноправовой концепции, то понятие компетенции привлекло к себе значительное внимание и получило многообразное освещение. При этом его разработка велась не обособленно, а в сочетании с такими тесно связанными с ним юридическими феноменами, как правосубъектность в целом, а также право- и дееспособность как конкретное выражение правосубъектности.

Правоспособность, дееспособность и компетенция юридических лиц. Советская цивилистическая теория, как и советский гражданский закон, на протяжении всей истории их существования исходили из того, что, подобно правосубъектности граждан, правосубъектность юридических лиц раскрывается через категории право- и дееспособности, специфика которых, в сравнении с право- и дееспособностью граждан, состоит в одновременности возникновения и специальном их содержании (специальные право- и дееспособность). Но если правосубъектность граждан конкретизируется только в категориях право- и дееспособности, то применительно к юридическим лицам употребляется также понятие компетенции. Возникает поэтому вопрос, в каком соотношении компетенция юридических лиц находится с их гражданской право- (дее-) способностью?

[1] *Лаптев В. В.* К совершенствованию хозяйственного законодательства //Советское государство и право, 1967, № 7.— С. 96.

Авторы, придерживающиеся хозяйственно-правовой концепции, настаивают на том, что понятием компетенции охватываются «как права и обязанности, принадлежащие данному субъекту, так и возможность приобретения прав и обязанностей при определенных юридических фактах (например, при заключении хозяйственного договора)»[1] . Следовательно, компетенция — более широкое понятие, чем правоспособность и дееспособность. А поскольку гражданское право в трактовке правосубъектности никакими другими категориями, кроме право- и дееспособности, оперировать не может, то компетенция в области социалистического хозяйствования выходит за рамки гражданского права и всех иных «традиционных» отраслей советского права, образуя специальную хозяйственно-правовую категорию.

Нельзя, однако, представлять дело так, будто сторонники хозяйственно-правовой концепции обнаруживают единство взглядов на понятие компетенции или что их взгляды всегда оставались стабильными. Характерна, в частности, эволюция воззрений В. К. Мамутова. В свое время он расценивал правоспособность как одну из составных частей компетенции[2], а тем самым, выводил компетенцию за рамки «традиционных» отраслей права и включал ее в право хозяйственное. Но впоследствии автор пришел к выводу, что правоспособность и компетенция — явления, расположенные в разных плоскостях: первая означает лишь возможность правообладания, а вторая воплощается в конкретных правах и обязанностях, тем отличающихся от обычных обязанностей и субъективных прав, что они приобретаются непосредственно в силу закона, а их объем не может быть изменен по воле правосубъектных лиц[3] .

Вследствие такой эволюции взгляды В. К. Мамутова в сущности утратили свою хозяйственно-правовую окраску и едва ли сколько-нибудь отличаются от того понимания компетенции, которое развивают отдельные авторы, не покидающие почвы единого гражданско-правового регулирования социалистических имущественных отношений. Для иллюстрации достаточно привлечь высказывания А. А. Пушкина, уделившего в своей докторской диссертации «Правовые формы управле-

---

[1] Хозяйственное право (Учебное пособие для юридических вузов под ред. В. В. Лаптева).— М., 1970.— С. 45.

[2] *Мамутов В. К.* Компетенция государственных органов в решении хозяйственных споров.— М., 1964.— С. 16.

[3] *Мамутов В. К.* О соотношении понятий компетенции и правоспособности государственных хозяйственных органов //Правоведение», 1965, № 4.— С. 59.

ния промышленностью в СССР» немало внимания проблеме компетенции без того, однако, чтобы из предложенного им решения следовал вывод о существовании особой отрасли хозяйственного права[1].

А. А. Пушкин, так же, как и В. К. Мамутов, не обнаруживает какой-либо общности между правоспособностью и компетенцией. Но компетенция для него — совокупность не правомочий и обязанностей, а одних только принадлежащих госоргану властных прав в области планирования, финансирования, капитального строительства и т. п. Эти властные права не образуют правоспособности, так как носят наличный, а не возможный характер. Вместе с тем к правоспособности вообще нельзя сводить административную правосубъектность, ибо в ее состав включаются также конкретные властные правомочия, возникающие вне правоотношений, в силу прямого указания закона. Компетенция в области хозяйствования и есть не что иное, как административно-хозяйственная правосубъектность, представляющая один из видов административной правосубъектности и существующая независимо от правосубъектности гражданской.

Этот конечный вывод ничего общего с хозяйственно-правовой концепцией не имеет, хотя он основывается на тех же теоретических посылках, на которые опирается В. К. Мамутов, расходящийся с А. А. Пушкиным лишь в отнесении к компетенции как прав, так и обязанностей независимо от их властной или иной природы. В то же время нельзя не обратить внимание на уязвимость обеих изложенных точек зрения.

Если компетенция — это административно-хозяйственная правосубъектность, как полагает А. А. Пушкин, то в специальном выделении подобной категории вообще нет необходимости, ибо оно ведет не более чем к удвоенному обозначению одного и того же явления. Признание же компетенции не просто правосубъектностью требует специального обоснования причин, из-за которых к ней относятся только властные, а не иные правомочия (А. А. Пушкин), только правомочия, а не обязанности (он же), только такие правомочия и обязанности, которые возникают в силу закона и вне правоотношения (В. К. Мамутов, А. А. Пуш-

---

[1] *Пушкин А. А.* Правовые формы управления промышленностью в СССР. Автореф. дис… докт. юрид. наук.— Харьков, 1964.— С. 10–11.

кин)— все равно, опираются ли они на начала субординации или координации (В. К. Мамутов)[1].

Перечисленные и другие подобные недостатки устраняются при подходе к понятию компетенции с позиций, которые нашли обоснование в трудах А. В. Венедиктова. Он писал, что «государство определяет компетенцию каждого госоргана, т. е. предмет его деятельности (его задачи и функции) и объем прав и обязанностей, необходимых для осуществления его задач»[2]. Поскольку речь идет о правах и обязанностях, определяемых государством, а не создаваемых его актами, то ясно, что имелась в виду не сами эти права и обязанности, а лишь возможность обладания ими, т. е. правосубъектность госоргана. Для обозначения же правосубъектности понятие компетенции необходимо потому, что юридическое лицо — гражданско-правовая категория, между тем как госорганы могут быть субъектами не только гражданских правоотношений. Отсюда сторонники единого гражданско-правового регулирования имущественных отношений, следуя за А. В. Венедиктовым, приходили к выводу, что компетенция — собирательное понятие для гражданской, административной и всех других видов правосубъектности, принадлежащих госорганам[3] . Это позволяло им также утверждать, что компетенция никакой особой отраслевой принадлежностью не обладает и не может быть использована для выделения хозяйственного права в специальную отрасль советского права.

Но и среди тех, кто не разделяет хозяйственно-правовой концепции, единство воззрений на сущность компетенции еще не достигнуто. Дис-

---

[1] Следует отметить в то же время, что если В. К. Мамутов включает в компетенцию лишь такие права, которые возникают непосредственно в силу закона и не могут быть уменьшены в своем объеме по воле управомоченных лиц, то В. В. Лаптев говорит как о компетенции о любых вообще субъективных правах хозорганов, находящихся вне правоотношения (*Лаптев В. В.* Правовое положение государственных промышленных предприятий в СССР. С. 40). Он не приводит для характеристики компетенции как субъективных прав никаких других ограничительных признаков, кроме пребывания их вне правоотношения, однако тут же объявляет находящимся вне правоотношения субъективное право собственности (см. указ. работу, С. 40–41), нисколько не смущаясь тем, что это право не охватывается понятием компетенции при любой его трактовке.

[2] *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность.— С. 613.

[3] См., напр.: *Калмыков Ю. Х.* Хозяйственный расчет и гражданское право.— С. 166.

куссия продолжается, и первый шаг в развертывании такой дискуссии на почве единства гражданскоправового регулирования социалистических имущественных отношений сделал Ю. Г. Басин в статье «Правовые формы реализации оперативно-хозяйственной самостоятельности предприятий», опубликованной в № 6 журнала «Правоведение» за 1967 г. Отмечая взаимную связь, существующую между правосубъектностью и компетенцией, которые выражают правовое положение их носителей, перекрещиваются по содержанию и объему, содействуют осуществлению друг друга, автор решительно выступает против сведения компетенции к одному виду правосубъектности или к обобщенному обозначению нескольких ее видов. Такое сведение, как он полагает, недопустимо потому, что, во-первых, компетенция предполагает выполнение властных функций, тогда как, по крайней мере, одна из видов правосубъектности госорганов (гражданская правосубъектность) подобных функций в себе не воплощает; во-вторых, властные функции, сосредоточенные в компетенции, могут осуществляться в самых различных областях, тогда как «властная правосубъектность» госоргана возможна лишь в одной области (в сфере административного права); в-третьих, правосубъектность (правоспособность) — общая (абстрактная) предпосылка правообладания, тогда как компетенция должна быть вполне конкретной для каждого ее носителя. Она поэтому и представляет собой конкретно определенную способность выполнять функции управления во всех сферах деятельности, в которых госорган к выполнению таких функций законом уполномочен[1].

Для Ю. Г. Басина, следовательно, компетенция — не наличное правомочие, а лишь способность к выполнению властных функций, т. е. определенная правоспособность. Последняя не тождественна, однако, ни какому-либо отдельному виду правоспособности, так как обозначает способность к властвованию в различных сферах, ни совокупности всех принадлежащих госоргану видов правоспособности, так как не выходит за пределы одних только властных полномочий. Можно поэтому констатировать, что компетенция и здесь трактуется как собирательное понятие, но не для всех видов правосубъектности госорганов, а для суммы тех «частей» их правосубъектности, которые заключают в себе возможность властвования. Модель, следовательно, такая же, как

[1] *Басин Ю. Г.* Правовые формы реализации оперативно-хозяйственной самостоятельности предприятий //Правоведение», 1967, № 6.— С. 42 и сл.

и у А. В. Венедиктова, но лишь с уменьшенным логическим объемом. А как раз такое «уменьшение» не имеет под собой достаточных фактических оснований.

Утверждение, будто компетенция должна быть обязательно властной по своему содержанию, есть не более чем постулат, на котором зиждется рассматриваемая конструкция. Постулат же этот не только недоказуем, но и легко опровержим. Например, Положение о социалистическом государственном производственном предприятии по многим вопросам проводит размежевание компетенции предприятия и тех вышестоящих органов управления, которым оно подчинено. Не подлежит, однако, сомнению, что если компетенция органа управления в отношении подчиненного ему предприятия выступает как средоточие властных полномочий, то компетенция предприятия в отношениях с его вышестоящим органом ничего властного в себе не заключает. Отвлекаясь от возлагаемых иногда на предприятие «попутных» функций (например, ответственности за противовоздушную оборону), нужно признать, что оно не имеет каких-либо властных полномочий в любых своих «внешних» отношениях (отношениях с третьими лицами). Остаются, следовательно, лишь складывающиеся на предприятии внутренние отношения. Здесь же в качестве властвующего над иными подразделениями субъекта выступает не предприятие как единое целое, а лишь его администрация. Поэтому, стоя на почве выдвинутой им концепции, Ю. Г. Басин вынужден присоединиться к авторам, которые считают, что носителем компетенции является не предприятие как таковое, а администрация предприятия[1]. Но так как, согласно прямым указаниям закона, любая служебная деятельность всякого работника есть деятельность самого юридического лица, то, оставаясь последовательным, нужно было бы признать, что принадлежит компетенция администрации, а осуществляет ее также предприятие в целом: вывод, очевидный по своему прямому несоответствию тому, что происходит на самом деле. Не предприятие осуществляет права администрации, а администрация действует от имени предприятия. Компетенция не составляет в этом случае какого-либо исключения. А если принадлежит она именно предприятию, то совершенно исключено сведение ее содержания к одним только властным полномочиям.

---

[1] См., напр.: *Мицкевич А. В.* Субъекты советского права.— М., 1962.– С. 119–120.

Иное понимание компетенции защищает В. Ф. Яковлева[1]. Она солидаризируется с Ю. Г. Басиным в том, что компетенция обнимает лишь властные юридические возможности. В то же время В. Ф. Яковлева решительно выступает против сведения компетенции к какой-либо части нескольких видов правосубъектности или к общему их выражению. Для нее компетенция и правосубъектность — понятия разноплоскостные.

Казалось бы, что в таком случае автор, в принципе стоящий на позициях единства гражданско-правового регулирования социалистических имущественных отношений, должен был хотя бы в этом конкретном вопросе присоединиться к хозяйственно-правовой концепции. В действительности же ничего подобного не произошло, причем не произошло главным образом потому, что отвергнув возможность существования субъективных прав вне правоотношений, В. Ф. Яковлева не выводит за рамки правоотношений и те властные правомочия, которые, по ее мнению, концентрируют в себе компетенцию предприятия. А если компетенция — не особое явление, отличное и от правоспособности, и от правоотношений, если она — совокупность специфических субъективных прав властного характера, проявляющихся через правоотношения, то не возникает надобности связывать с ней образование хозяйственного права как особой отрасли права. Перед нами юридически закрепленный вид управленческой деятельности, основанный на административных правомочиях и выражающий их административные правоотношения.

Как разъясняет автор, такие правоотношения появляются вследствие того, что одновременно с созданием предприятия оно включается в соответствующую хозяйственную систему с подчинением органу, который эту систему возглавляет. Тем самым у вышестоящего органа возникают перед предприятием определенные властные правомочия, специфика которых состоит в том, что они позволяют совершать акты, обязывающие подчиненного субъекта (например, устанавливать обязательные для него производственные задания), но сами по себе еще не дают оснований требовать от последнего какого-либо конкретного поведения. Именно эти правомочия в своей совокупности образуют компетенцию. В процессе их осуществления (например, после установления производственного задания) между теми же субъектами возникает

[1] *Яковлева В. Ф.* Гражданско-правовые вопросы специализации промышленности в СССР.— Л., 1968.— С. 17–27.

новое правоотношение, отличающееся от компетенции как тем, что оно создает право на конкретное поведение обязанного лица, так и тем, что носитель компетенции может в этом правоотношении выступать в качестве субъекта не только управомоченного, но и обязанного (например, обязанного не вносить без согласования с предприятием изменении в установленное для него производственное задание).

Аналогичный ход рассуждении применяется и к компетенции предприятия, которая существует и осуществляется лишь в отношениях с его внутренними подразделениями (цехами, участками и т. п.). Подчинение этих подразделений предприятию воплощается в правоотношении, управомочивающем предприятие совершать властные акты, которые приобретают для их адресатов обязывающее действие, что и составляет сущность компетенции. После совершения властного акта между предприятием и его подразделениями устанавливается новое правоотношение, иногда не только управомочивающее, но и обязывающее предприятие, а в пределах управомоченности дающее ему возможность требовать соответствующего конкретного поведения от своего цеха или иного внутреннего подразделения.

При всей оригинальности описанной конструкции она не свободна как от своих собственных, так и от тех недостатков, которые остаются общими для нее и ее предшественниц.

Неоспорим, прежде всего, тот факт, что властные функции не принадлежат предприятию и не осуществляются им в сфере «внешних» отношений — отношений с третьими лицами, хотя именно в этой сфере закон проводит размежевание компетенции предприятия и его вышестоящих органов. В результате исключается какая бы то ни было легальная почва для сведения компетенции предприятия к властным полномочиям.

Очевидно, далее, что внутри предприятия правоотношения могут устанавливаться только между его внутренними подразделениями и администрацией, но не предприятием в целом. Поэтому отождествление компетенции с властными правомочиями неизбежно приводит к выводу, что подобное юридическое качество у предприятия вовсе отсутствует и если принадлежит кому-либо, то только его директору, а также некоторым другим должностным лицам, относящимся к администрации.

Наконец, не увенчалась успехом попытка объявить компетенцию совокупностью властных правомочий, выраженных в правоотношении.

Правоотношение всегда двусторонняя связь, позволяющая управомоченному совершать определенные действия и требовать определенного поведения от обязанного лица. Если последняя возможность отсутствует и дело ограничивается лишь возможностью первого порядка, налицо правосубъектность, пока еще не породившая правоотношения.

Но как раз отмеченными качествами и характеризуется компетенция в работе В.Ф. Яковлевой, когда она говорит, что выражающие компетенцию «правоотношения» позволяют совершать обязательные для подчиненного акты, не обеспечивая непосредственных предпосылок к тому, чтобы требовать какого-либо конкретного поведения от обязанных лиц. Ясно, что это правосубъектность, а не правоотношение, причем одна только административная правосубъектность, раз она исчерпывается властными правомочиями. А в таком случае понятие компетенции перестает быть сколько-нибудь самостоятельным, превращаясь всего лишь во второе обозначение того, что обычно принято именовать административной правосубъектностью.

Обзор разнохарактерных взглядов на сущность компетенции предприятия с очевидностью свидетельствует, что критическую и практическую проверку выдержал только один из них и именно тот, который определяет ее как обобщенное выражение всех принадлежащих предприятию видов правосубъектности. Несмотря на межотраслевое значение компетенции в таком ее понимании, она существенна и для гражданского права, ибо гражданские правоотношения между социалистическими организациями в своем подавляющем большинстве возникают из сложных юридических составов, в которые, наряду с гражданско-правовыми актами (договорами, иными сделками), входят также акты планирования и регулирования хозяйственной деятельности. Важно поэтому установить, кто компетентен к совершению соответствующих актов, чтобы сложный юридический состав сформировался в полном объеме, а опирающееся на него правоотношение было действительно установлено[1].

[1] Как и другие важнейшие цивилистические проблемы, проблема гражданской правосубъектности, включая разносторонние конкретные ее аспекты (соотношение с компетенцией, правоспособностью, субъективными правами и т. п.), продолжает занимать одно из центральных мест в советской правовой литературе — как учебной, так и научной, представленной монографическими, в том числе докторскими, исследованиями. См., напр., авторефераты докторских диссертаций В. С. Якушева и И. С. Красько (*Якушев В. С.* Юридическая личность государственного производственного предприятия по советскому гражданскому праву.— Свердловск, 1973; *Красько И. С.* Общие теоретические проблемы советского хозяйственного права.— Харьков, 1973).

Но анализ компетенции предприятия и его вышестоящих органов в очерченном направлении невозможен в рамках одного лишь учения о правосубъектности. Он должен быть совмещен с изучением развития советской цивилистической мысли в связи с гражданско-правовым исследованием различных инструментов и прежде всего тех, которые входят в состав права собственности и обязательственного права.

ПРИЗНАНИЕ ГРАЖДАНИНА БЕЗВЕСТНО ОТСУТСТВУЮЩИМ. ОБЪЯВЛЕНИЕ ГРАЖДАНИНА УМЕРШИМ

Т. Карпушина

Признание гражданина безвестно отсутствующим. Если гражданин длительное время отсутствует в месте своего жительства и не подает сведений о своем место нахождении, в интересах его семьи, граждан, с которыми он находился в правоотношениях (кредиторы, работодатель), иждивенцев гражданина и других лиц возникает необходимость устранения такой неопределенности. Для устранения неблагоприятных последствий и неопределенности в правовых отношениях с участием гражданина, чье место нахождение неизвестно, закон предусматривает признание гражданина безвестно отсутствующим. Безвестное отсутствие — это установленный в судебном порядке факт длительного отсутствия гражданина в месте его постоянного жительства.

Согласно п. 1 ст. 28 ГК РК гражданин может быть признан безвестно отсутствующим, если в месте, где он постоянно или преимущественно проживает, нет сведений о нем в течение одного года. Годичный срок в данном случае начинает исчисляться с момента получения об отсутствующем гражданине последних сведений (например, последнее письмо или телефонный звонок отсутствующего). Но случается и так, что точную дату получения последних сведений установить невозможно. В этом случае началом безвестного отсутствия считается первое число месяца, следующего за тем, когда были получены эти сведения. Например, утверждения жены о том, что супруг, уехав в командировку, последний раз звонил в конце сентября, но не помнит какого именно числа, приводит к тому, что 1 октября будут считать началом безвестного отсутствия гражданина. Если нельзя установить и месяц получения последних сведений, то началом безвестного отсутствия считается 1 января следующего года. Так, в районный суд города Алматы обратилась Сапаргалиева с заявлением о признании своего мужа безвестно отсутствующим, ссылаясь на то, что муж, злоупотребляя спиртными напитками, нигде не работал, а в апреле 1998 года после очередной ссоры ушел из семьи. В течение полугода он изредка появлялся, приносил детям подарки, потом стал только звонить, а к концу осени совсем исчез. В ноябре 1998 г. был объявлен розыск, но органам внут-

ренних дел так и не удалось установить его местонахождения или получить какие-либо сведения о нем. Суд вынес решение о признании Сапаргалиева безвестно отсутствующим, а началом течения годичного срока установил 1 января 1999 г.

Но отсутствия гражданина и сведений о нем недостаточно для того, чтобы признать его безвестно отсутствующим. Необходимо также предпринять попытки к поиску данного лица, и если не удается установить место нахождения, лишь в этом случае гражданина можно признать безвестно отсутствующим. Поиск лиц, пропавших без вести, осуществляют органы внутренних дел[1].

Так, Прибыткова Т. Г. обратилась в суд с заявлением о признании безвестно отсутствующим супруга Прибыткова О. В. для последующего расторжения с ним брака. В заявлении она указала, что брачные отношения с супругом прекращены с 1994 г. С 1996 г. Прибытков О. В. находится в розыске, поскольку уклоняется от уплаты алиментов и РОВД не может установить его место нахождения. Районный суд, рассмотрев данное дело, признал Прибыткова О. В. безвестно отсутствующим. В порядке кассации прокурор направил протест на вынесенное решение и ставил вопрос о его отмене. Основаниями для отмены было, во-первых, нарушение норм процессуального законодательства, во-вторых, суд не предпринял действий, направленных на обнаружение гражданина (не выяснил круг лиц, которые могли дать сведения об отсутствующем), а руководствовался лишь показаниями супруги о том, что совместно с Прибытковым О. В. она не проживает. Кассационный протест прокурора был удовлетворен, а дело направлено на новое рассмотрение. В рассмотренном примере суд не применил п. 1 ст. 28 ГК о выяснении всех сведений об отсутствующем гражданине в месте его жительства, а руководствовался только прекращением брака. Но ведь расторжение брака, как правило, приводит к тому, что один из супругов меняет место жительства, поскольку дальнейшее совместное проживание становится невозможным. Кроме того, судья должен был сделать запросы по месту работы отсутствующего, а также вынести определение о производстве публикации в газете о возбуждении дела о признании гражданина Прибыткова О.В. безвестно отсутствующим.

---

[1] См.: Указ Президента РК, имеющий силу закона, от 21 декабря 1995 г. «Об органах внутренних дел Республики Казахстан» (далее — Указ об органах внутренних дел).

Таким образом, юридический состав для безвестного отсутствия состоит из трех юридических фактов:

1. отсутствия в течение года;

2. неполучения в течение этого года сведений об отсутствующем;

3. невозможности устранения неизвестности места нахождения отсутствующего[1].

При наличии этих фактов заинтересованные лица подают по месту своего жительства либо по последнему месту жительства безвестно отсутствующего гражданина заявление (ст. 296 и 297 ГПК). Как правило, с заявлением о признании гражданина безвестно отсутствующим обращаются члены его семьи. В соответствии с Законом РК от 17 декабря 1998 г. «О браке и семье» (далее — ЗоБС) к членам семьи относятся супруг, дети, родители (усыновители). Заинтересованными лицами могут быть прокурор, гражданин, у которого исчезнувший занял в долг большую сумму денег, органы опеки и попечительства.

В заявлении должно быть указано, для какой цели заявителю необходимо признать гражданина безвестно отсутствующим. Чаще всего заявители указывают следующие причины: для постановки вопроса о прекращении брака, выписки из квартиры; с целью усыновления ребенка; возврата долга кредитору. Так, в районный суд города Алматы обратилась Григоревская с заявлением о признании своего брата Буцика безвестно отсутствующим. Истица пояснила, что в 1980 г. она была назначена опекуном Буцика, а в 1996 г. в связи с возрастом не могла дальше исполнять обязанности опекуна, и направила своего брата в Алматинский дом-интернат. 28 февраля 1998 г. Буцик совершил побег из интерната, и больше его никто не видел. Признание Буцика безвестно отсутствующим необходимо Григоревской для выведения его из договора о приватизации и распоряжении квартирой по своему усмотрению. Изучив материалы дела, заключение прокурора, суд вынес решение о признании Буцика безвестно отсутствующим, а также об исключении Буцик из договора о приватизации. С таким решением суда можно согласиться лишь в части признания гражданина безвестно отсутствующим, так как факт отсутствия сведений о месте пребывания Буцик по месту его последнего жительства в течение более одного года подтвержден собранными по делу доказательствами. Вторая часть решения об исключении Буцик из договора о приватизации незаконна,

[1] *Чигир В. Ф.* Физические и юридические лица как субъекты гражданского права.— Минск, 2000.— С. 40–41.

так как в соответствии с п. 1 ст. 29 ГК над имуществом лица, признанного безвестно отсутствующим, устанавливается опека, ничего о прекращении права собственности в данной статье не сказано. Кроме того, если посмотреть ст. 249 ГК основания прекращения права собственности заметим, что такого основания как признание гражданина безвестно отсутствующим в указанной статье нет. Следовательно, в отношении части квартиры, принадлежащей Буцику на праве собственности, должна быть установлена опека, чего в данном случае суд не сделал. А цель, которая могла быть указана Григоревской в заявлении — выписка брата из квартиры.

Решение о признании гражданина безвестно отсутствующим суд выносит на основании данных, полученных в результате опроса родственников пропавшего, других лиц, информации от организации, в которой работало пропавшее лицо, ответов на запросы в адресные бюро, в органы внутренних дел и т.д. Судья вправе опросить и самого заявителя о последних сведениях о пропавшем.

Признавая гражданина безвестно отсутствующим, что лежит в основе решения: предположение, что данный гражданин жив или нет? Ряд ученых полагает, что в основе признания гражданина безвестно отсутствующим лежит презумпция смерти гражданина, другие, напротив, полагают, что в основе заложена презумпция жизни, так как еще нет достаточных оснований предполагать, что гражданина нет в живых. И третья позиция основана на том, что никакого предположения в основе решения суда о безвестном отсутствии нет. Суд лишь констатирует факт отсутствия лица[1]. И с этим следует согласиться, в судебном заседании суд лишь устанавливает факт отсутствия гражданина и сведений о нем в течение года, а основывает свое решение, как правило, на показаниях свидетелей или органов внутренних дел, осуществлявших розыск лица.

Правовые последствия признания гражданина безвестно отсутствующим. Признание гражданина безвестно отсутствующим влечет за собой ряд существенных правовых последствий, предусмотренных как ГК, так и другими законодательными актами. В первую очередь над имуществом устанавливается опека (см. ст. 29 ГК и п. 2 ст. 104 ЗоБС). Цель опеки — сохранить имущество, удовлетворить за счет этого имущества законные требования кредиторов. Так, опекун из этого

[1] Гражданское право. Часть 1. Учебник /Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева.— М.: Издательство ТЕИС, 1996.— С. 101–102.

имущества выдает содержание тем, кого безвестно отсутствующий по закону обязан содержать (несовершеннолетним детям, нетрудоспособным родителям и т.д.), погашает задолженности и по другим обязательствам (выплата налогов, возвращение долгов кредиторам и др.).

Опека над имуществом, как правило, назначается на основании решения суда о признании гражданина безвестно отсутствующим. Но в двух случаях опека может быть установлена и до признания лица безвестно отсутствующим. Первый случай предусмотрен п. 2 ст. 29 ГК, когда орган опеки и попечительства по заявлению заинтересованного лица назначает опекуна для охраны и управления имуществом. Например, если имеется угроза пропажи имущества или надо поддерживать его в надлежащем состоянии; в состав имущества входят акции. Второй случай — это предусмотренное п. 5 ст. 298 ГПК право судьи после принятия заявления о признании гражданина безвестно отсутствующим предложить органу опеки и попечительства назначить опекуна для охраны и управления имуществом отсутствующего.

Кроме того, одним из оснований возникновения доверительного управления п. 2 ст. 883 ГК называет установление опеки над имуществом безвестно отсутствующего по решению суда. Учредителем доверительного управления имуществом выступает орган опеки и попечительства, а управляющим — опекун, который осуществляет управление имуществом в интересах лица, признанного безвестно отсутствующим (выгодоприобретателя). Заключения договора доверительного управления в данном случае ГК не требует, следовательно, правомочия опекуна в данном случае будут регулироваться ст. 29 ГК. В отличие от ГК РК статья 43 ГК РФ предусматривает передачу имущества безвестно отсутствующего гражданина в доверительное управление лицу, которое определяется органом опеки и попечительства и действует на основании договора о доверительном управлении[1] . Аналогичная норма установлена и ГК Республики Беларусь, согласно которой при необходимости постоянного управления имуществом безвестно отсутствующего гражданина орган опеки и попечительства заключает договор о доверительном управлении. Доверительный управляющий имуществом признанного безвестно отсутствующим лица принимает исполнение его обязательств, за счет имущества отсутствующего погашает его долги, управляет этим имуществом в интересах такого лица. По заявлению

[1] Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации.— М.: Редакция журнала «Хозяйство и право», фирма «СПАРК», 1995.— С. 90.

заинтересованных лиц выдается содержание гражданам, которых безвестно отсутствующий обязан содержать[1] .

Ст. 29 ГК предусматривает не все последствия признания гражданина безвестно отсутствующим. В соответствии с п. 1 ст. 14 ЗоБС брак прекращается вследствие смерти или объявления судом одного из супругов умершим или безвестно отсутствующим. При этом согласно п. 1 ст. 16 ЗоБС расторжение брака производится в упрощенном порядке. Поскольку получить согласие супруга, признанного безвестно отсутствующим, представляется невозможным, в органы ЗАГСа подается заявление супруга, желающего расторгнуть брак с супругом, признанным безвестно отсутствующим. Роль органов ЗАГСа сводится к простой регистрации развода. Выяснять причины расторжения брака они не вправе[2] . Вследствие признания гражданина безвестно отсутствующим прекращается также действие доверенности, выданной ему или им самим (см. п. 1 ст. 170 ГК) и договора поручения (см. п. 1 ст. 852 ГК).

Отмена решения о признании безвестно отсутствующим. Ст. 30 ГК определяет последствия явки или обнаружения лица, ранее признанного безвестно отсутствующим. Обстоятельства, в силу которых гражданин длительное время отсутствовал и не давал о себе знать, могут быть различными: это и уклонение от уплаты алиментов, и попытка скрыться от кредиторов, и нахождение в плену и т.п.

В случае явки или обнаружения места пребывания гражданина, признанного безвестно отсутствующим, ему необходимо обратиться с заявлением в суд, который новым судебным решением отменяет свое прежнее (см. ст. 301 ГПК). Это решение служит основанием для снятия с имущества опеки, а лицо, выступавшее опекуном, прекращает осуществление возложенных на него функций по охране и управлению имуществом. Обязанности по содержанию лиц, находящихся на иждивении, оплате долгов, праву по распоряжения имуществом и т.п. будут осуществляться возвратившимся гражданином. Так, районный суд города Алматы после появления Бондарева, уклонявшегося от уплаты алиментов, отменил прежнее решение на основании поданного им заявления. Вместе с тем, суд вынес определение о выдаче исполнительного листа на взыскание с Бондарева в доход государства выплаченного пособия на его сына за тот период времени, пока он отсутствовал.

---

[1] *Чигир В. Ф.* Физические и юридические лица как субъекты гражданского права.— Минск, 2000.— С. 41.

[2] См.: *Антокольская М. В.* Семейное право: Учебник.— М.: Юристъ, 1996.— С. 138.

По общему правилу все юридические отношения, возникшие из факта признания гражданина безвестно отсутствующим, в случае отмены соответствующего решения суда новым судебным решением отменяются. Но в то же время нельзя говорить об автоматической отмене прекращения брака. Так, в случае явки супруга, признанного судом безвестно отсутствующим, и отмены соответствующего судебного решения брак может быть восстановлен органом ЗАГСа по совместному заявлению супругов (п. 2 ст. 14 ЗоБС). Если супруга вступила в новый брак, прежний брак в данном случае автоматически не может быть восстановлен. Для этого необходимо расторгнуть новый брак, а затем с прежним супругом вновь зарегистрировать брак в органах ЗАГСа. В том случае, если один из супругов не желает восстанавливать прежние семейные отношения, брак автоматически не может быть восстановлен, так как для восстановления необходимо согласие обоих супругов.

Сделки, совершенные опекуном до отмены решения суда, сохраняют силу для явившегося гражданина. Так, если опекуном был заключен договор аренды автомобиля, явившийся гражданин не вправе требовать его расторжения с арендатором, но, выступая арендодателем, вправе в будущем требовать арендной платы за пользование автомобилем, а по истечении срока действия договора — возврата вещи.

Объявление гражданина умершим. Если о гражданине в месте его жительства нет сведений в течение 3 лет, он может быть в судебном порядке объявлен умершим. Во всех случаях гражданин может быть объявлен умершим независимо от того, предшествовало ли этому признание его безвестно отсутствующим. Закон не устанавливает прямой зависимости двух этих институтов, но в то же время и не исключает, что в отдельных случаях гражданина первоначально признают безвестно отсутствующим, а позже объявляют умершим. Так, районный суд г. Алматы по заявлению Мусиной в 1998 г. признал ее супруга безвестно отсутствующим. Спустя два года Мусина вновь обратилась в суд с заявлением об объявлении супруга умершим, так как за этот период супруг не явился, а продолженные органами внутренних дел поиски не дали положительного результата. На основании представленных доказательств суд вынес решение об объявлении Мусина умершим. В данном случае началом исчисления срока для объявления гражданина умершим является день получения последних сведений о нем.

Для объявления гражданина умершим требуется одновременно наличие ряда условий:

1) отсутствие гражданина в течение трех лет, а если он пропал без вести при обстоятельствах, угрожавших смертью или дающих основания предполагать его гибель от несчастного случая в течение шести месяцев, исчисляемых со дня несчастного случая или других обстоятельств, угрожавших смертью. К обстоятельствам, угрожавшим смертью, можно отнести:

— землетрясение, ураган, наводнение и т. п.,

— к несчастным случаям — кораблекрушение, падение самолета, аварию на железнодорожном транспорте, пожар и т. п.

В таких случаях имеется высокая степень вероятности гибели гражданина, хотя его труп не был обнаружен;[1]

2) отсутствие сведений о гражданине и невозможность получить их или выяснить, жив ли он, несмотря на все принятые меры;

3) у гражданина нет мотивов к длительному безвестному отсутствию. Если гражданин умышленно по определенным причинам скрылся (например, скрывается от ответственности за совершенное преступление, от кредиторов и т.п.), то отсутствуют основания к предположению о его смерти. В этом случае статья 10 Указа об органах внутренних дел устанавливает обязанность осуществлять розыск лиц, совершивших преступления, скрывшихся от дознания, следствия и суда, уклоняющихся от исполнения уголовного или административного наказания, пропавших без вести и в иных случаях, предусмотренных законодательством.

Так, Петлюх обратилась с заявлением в суд об объявлении умершим Склярова. В обоснование своего требования Петлюх указала, что 11 ноября 1996 г. ее брат Скляров ушел из дома и не вернулся. 21 ноября 1996 г. она обратилась с заявлением в РУВД о розыске Склярова, однако, сотрудниками РУВД он не был найден. Поскольку Склярову уже 79 лет, а здоровье его было плохим, Петлюх полагает, что Скляров скончался. Учитывая данные обстоятельства, у суда есть достаточные основания для объявления Склярова умершим. В данном случае судом будет применяться общий срок — 3 года, а началом исчисления срока следует считать день, когда Скляров ушел из дома.

Рассматривая общий трехгодичный срок для объявления гражданина умершим, следует отметить, что для объявления военнослужащего умершим, а также лиц, находившихся в это время в зоне военных

---

[1] *Чигир В. Ф.* Физические и юридические лица как субъекты гражданского права. С. 42–43.

действий, установлен иной срок и порядок его исчисления. В соответствии с п. 2 ст. 31 ГК военнослужащий или иное лицо, пропавшее без вести в связи с военными действиями, могут быть объявлены умершими не ранее чем по истечении двух лет со дня окончания военных действий. Имеется в виду двухгодичный срок, текущий с момента фактического окончания войны. До окончания войны объявление военнослужащих и иных лиц, не допускается, т.к. военные действия могут служить препятствием к их явке.

При объявлении гражданина умершим действует презумпция его смерти. Тем самым можно согласиться с К. Б. Ярошенко по поводу того, что объявление гражданина умершим — это юридическая смерть. Однако в отличие от физической юридическая смерть не всегда безвозвратна. Если гражданин фактически жив (он явился либо поступили сведения о его месте пребывания), новым решением суда отменяется решение об объявлении гражданина умершим[1] .

Объявление гражданина умершим необходимо отличать от установления факта смерти гражданина, хотя для обоих этих случаев предусмотрен судебный порядок. В основе решения суда об объявлении гражданина умершим лежит не достоверный факт смерти лица, а предположение его смерти, возникшее из-за длительного безвестного отсутствия. Порядок установления факта смерти гражданина, в отличие от объявления гражданина умершим, ГК не регламентируется. Данный порядок определен процессуальным законодательством[2]. Суд устанавливает факт смерти гражданина, когда есть доказательства гибели гражданина в определенное время и при определенных обстоятельствах и нет необходимости что-либо предполагать, но органы записи актов гражданского состояния отказывают в регистрации события смерти. Установить факт смерти бывает необходимо при невозможности получить медицинское заключение о смерти, что имеет место при отсутствии тела умершего. При установлении факта смерти не требуется соблюдать сроки, установленные для объявления гражданина умершим. Разграничение объявления гражданина умершим и установления факта смерти важно и потому, что в связи с этим по-разному определяется момент смерти гражданина. При установлении факта смерти учитывается момент ее фактического наступления. Днем смерти лица, объявленного умершим,

[1] Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации.— М.: Редакция журнала «Хозяйство и право», фирма «СПАРК», 1995.— С. 91.

[2] См.: главу 31 ГПК РК.

считается день вступления в законную силу решения суда об объявлении его умершим. В случае объявления умершим лица, пропавшего без вести при обстоятельствах, угрожавших смертью или дающих основание предполагать его гибель от несчастного случая, суд может признать днем смерти этого лица день его предполагаемой гибели (например, день авиакатастрофы или пожара).

Объявление гражданина умершим рассматривается судом в порядке особого производства (см. главу 32 ГПК) по заявлению членов его семьи, прокурора, органов опеки и попечительства и иных заинтересованных лиц. Заявление об объявлении гражданина умершим рассматривается с участием заявителя, если он не просит о разбирательстве дела в его отсутствии. Так, Вохмина, обратилась в суд с заявлением об объявлении своего сына Вохмина Н. умершим, который 13 сентября 1993 г. ушел из дома и не вернулся. С того времени прошло более семи лет. Вследствие проведенных оперативно-розыскных мероприятий, место нахождения Вохмина установить не удалось. Заявительница надлежащим образом извещалась о месте и времени рассмотрения дела, однако не явилась в суд по вторичному вызову. Казалось бы, есть все основания для вынесения решения об объявлении Вохмина умершим. Но по данному делу суд, руководствуясь п. 6 ст. 249 ГПК (стороны, не просившие о разбирательстве дела в их отсутствие, не явились в суд по вторичному вызову), вынес определение, оставив заявление Вохминой без рассмотрения. Безусловно, данное определение суда в дальнейшем не может служить препятствием для повторного обращения матери в суд с заявлением об объявлении Вохмина Н. умершим.

Правовые последствия объявления гражданина умершим. Последствия объявления гражданина умершим ГК не предусмотрены. Лишь одно условие, которое устанавливает п. 4 ст. 31 ГК — это производство записи о смерти гражданина в книге записей актов гражданского состояния на основании вступившего в силу судебного решения.

Отсутствие в законе правовых последствий объявления гражданина умершим связано с тем, что они совпадают с последствиями, которые наступают после фактической смерти гражданина. К таковым следует отнести открытие наследства, прекращение брака и личных обязательств (например, прекращается выплата алиментов, пенсии), прекращение действия доверенности.

Определяя, что входит в состав наследства, ст.1040 ГК включает в его состав права и обязанности, которые не прекращаются со смертью

гражданина. В связи с этим следует отметить, что не все договоры прекращают свое действие в случае смерти гражданина или объявления его умершим. Как правило, прекращают действие договоры, которые носят личный характер, например, договор поручения, брачный договор, договор доверительного управления, если объявлен умершим доверительный управляющий.

Введение в ГК ряда новшеств по вопросам договора дарения, а в частности рассмотрение его не только как реального, но и как консенсуального договора, приводит к вполне закономерному вопросу: если заключен договор дарения с обязанностью передать дар в будущем, а даритель объявлен умершим, кто будет исполнять эту обязанность, и будет ли вообще она исполнена? Представляется, что в данном случае возможно применение п. 2 ст. 515 ГК, согласно которому обязанности дарителя, обещавшего дарение, переходят к его наследникам (правопреемникам), если иное не предусмотрено договором дарения, поскольку, как было выше сказано, правовые последствия объявления гражданина умершим совпадают с последствиями, которые наступают после фактической смерти.

В соответствии с п. 2 ст. 46 ЗоБС в случае рождения ребенка в течение двухсот семидесяти дней с момента смерти супруга матери ребенка отцом ребенка признается бывший супруг матери, если не доказано иное. Данная презумпция отцовства применима и при объявлении супруга умершим. В случае явки супруга его отцовство может быть оспорено в судебном порядке, если он не признает себя отцом ребенка.

Вместе с тем объявление гражданина умершим не по всем вопросам совпадает с правовыми последствиями, которые наступают после фактической смерти гражданина. Так, объявление гражданина умершим не прекращает его правоспособности, она прекращается лишь с момента его фактической смерти. Если гражданин, объявленный умершим, в действительности жив, то сделки, совершенные им в том месте, где не было известно об объявлении его умершим, действительны. Права и обязанности, приобретенные по таким сделкам, не затрагиваются решением суда об объявлении его умершим. Явка объявленного умершим не требует восстановления его правоспособности, так как он ее и не утрачивал. Если же гражданин умер до объявления его умершим, то и правоспособность прекратилась в момент его фактической смерти.

Последствия явки лица, объявленного умершим. Несмотря на то, что срок для объявления гражданина умершим достаточно боль-

шой, все же не исключена вероятность того, что гражданин, объявленный умершим, в действительности жив. В случае явки или обнаружения места пребывания такого лица, соответствующее решение отменяется судом.

Отмена решения суда об объявлении гражданина умершим приводит к восстановлению его прав. Но восстанавливаются не все права. Так, например, если супруг вступил в новый брак, то брачные отношения с ним автоматически не восстанавливаются.

Новое решение суда служит основанием для аннулирования записи о смерти в книге записей актов гражданского состояния (ст. 301 ГПК).

Независимо от времени своей явки гражданин может потребовать от любого лица возврата своего имущества при наличии двух условий, если это имущество:

1) сохранилось в натуре,

2) перешло к нынешнему владельцу по безвозмездной сделке (по договору дарения, в порядке наследования).

Лица, которые приобрели имущество по возмездным сделкам от правопреемников гражданина, объявленного умершим, обязаны возвратить ему имущество или возместить его стоимость только в том случае, если будет доказано, что в момент приобретения имущества они знали, что гражданин, объявленный умершим, находится в живых. Отчуждатель имущества, знавший в момент отчуждения, что лицо, объявленное умершим, находится в живых, несет солидарную с приобретателем обязанность возврата или возмещения стоимости имущества (п. 5 ст. 32 ГК).

Выше было сказано, что возврату подлежит лишь имущество, сохранившееся в натуре. Следовательно, имущество, которое перешло к наследникам, а впоследствии было продано, во-первых, не подлежит возврату (приобретатель добросовестный), а, во-вторых, нельзя взыскать и стоимость имущества с наследников.

Однако если имущество лица, объявленного умершим, перешло по праву наследования к государству и было реализовано, то после отмены решения об объявлении лица умершим ему возвращается сумма, вырученная от реализации имущества с учетом его рыночной стоимости на день выплаты.

В соответствии с п. 3 ст. 32 ГК, если имущество лица, объявленного умершим, было отчуждено его правопреемником третьим лицам, которые к моменту явки лица не уплатили полностью покупной цены,

то к явившемуся гражданину переходит право требования неуплаченной суммы. Так, если супруга после объявления мужа умершим продала автомобиль, но полный расчет покупатель не произвел, явившийся супруг вправе требовать оставшуюся сумму от покупателя самостоятельно.

Поскольку признание гражданина безвестно отсутствующим и объявление гражданина умершим объединяет одно общее основание — факт неизвестности места нахождения гражданина, целесообразно провести их разграничение, которое отражено в таблице.

	Признание гражданина безвестно отсутствующим	Объявление гражданина умершим
Условия	— срок: отсутствие в течение 1 года; — неполучение в течение этого года сведений об отсутствующем.	— общий срок: отсутствие в течение **3 лет**, специальные сроки: отсутствие в течение **6 месяцев**, если пропал без вести при обстоятельствах, угрожавших смертью или дающих основание предполагать его гибель от несчастного случая; отсутствие военнослужащего или иного лица, пропавших в связи с военными действиями, по истечении **2 лет** со дня окончания военных действий; **— неполучение в течение этого времени сведений об отсутствующем.**
Решение основано правовые последствия	На предположении, что гражданин жив. Установление опеки над имуществом гражданина. Прекращение брака. Прекращение действия доверенности. Прекращение договора поручения и других договоров, носящих личный характер. Отмена опеки. Возврат имущества.	На предположении, что гражданин умер. Открытие наследства Прекращение брака. Прекращение действия доверенности. Прекращение договора поручения и других договоров, носящих личный характер.
В случае явки гражданина		Возврат сохранившегося имущества, перешедшего к приобретателю безвозмездно, или если будет доказано, что в момент приобретения он знал, что гражданин, объявленный умершим, находится в живых.

ДОЛИ УЧАСТНИКОВ В УСТАВНОМ КАПИТАЛЕ ТОВАРИЩЕСТВА С ОГРАНИЧЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ

С. Климкин

В настоящее время выражение «доля в уставном капитале» уже ни у кого не ассоциируется с выражением «доля в общей собственности». Между тем, истории развития корпоративного законодательства известны иные подходы к этому вопросу. Так, в одном из первых законодательных актов о коммерческих организациях на территории, как принято говорить теперь, «бывшего СССР»,— в Законе РСФСР от 25 декабря 1990 г. «О предприятиях и предпринимательской деятельности», содержалась следующая норма: имущество общества с ограниченной ответственностью принадлежит его участникам на праве общей собственности (п. 3 ст. 11 названного Закона).

Такой подход в свое время подвергался резкой, но справедливой критике в российской научной и учебной литературе. Вот, например, какова была позиция Е. А. Суханова: «К сожалению, некоторые из названных актов не отличались высоким уровнем разработки, содержали противоречивые, а нередко и просто ошибочные положения и потому не могли служить базой для соответствующих правил нового ГК»[1].

Действующий Закон Республики Казахстан от 22 апреля 1998 г. «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» (далее — Закон) однозначно решает вопрос о собственнике имущества, внесенного участниками в уставный капитал ТОО: им является само товарищество[2]. Исключение составляют лишь те объекты, которые в качестве взноса переданы товариществу в пользование. Их собственниками остаются учредители (участники) товарищества.

[1] Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под общ. ред. В. Д. Карповича.— М.: Редакция журнала «Хозяйство и право», фирма «СПАРК», 1995.— С. 132.

[2] И в этой связи обращает на себя внимание редакция п. 4 ст. 28 Закона: «право на долю участника в имуществе товарищества с ограниченной ответственность носит не вещный, а обязательственный характер». Создается впечатление, что приведенное выражение представляет собой не норму Закона, а цитату из выступления лектора перед нерадивыми студентами. Между тем, ст. 36 ГК содержит правило о том, что в отношении имущества хозяйственных товариществ, акционерных обществ и кооперативов их учредители сохраняют обязательственные права.

Что же касается вопроса о понятии доли в уставном капитале ТОО, то здесь необходимо отметить следующее. Доля — это условное понятие, представляющее собой процентное соотношение взносов участников по отношению ко всему размеру уставного капитала товарищества (п. 6 ст. 23 Закона). Доли всех участников в уставном капитале и соответственно их доли в стоимости имущества товарищества пропорциональны их вкладам в уставный капитал, если иное не установлено учредительными документами (п. 1 ст. 28 Закона).

Участнику товарищества принадлежит право на распоряжение своей долей в уставном капитале ТОО. Однако реализация этого права может быть тесно связана и с обязанностью участника. Рассмотрим две ситуации, когда участник уступает свою долю (ее часть) а) другому участнику (участникам) товарищества, либо б) третьему лицу (лицам).

Участник ТОО вправе продать или иным образом уступить свою долю или ее часть одному или нескольким участникам данного товарищества по своему выбору. Равным образом участник вправе заложить долю в обеспечение своего обязательства перед другим участником. Согласия товарищества или других участников на совершение этих сделок не требуется[1].

Иная ситуация складывается, если участник намерен уступить долю третьему лицу или заложить ее по обязательствам перед третьим лицом. Так, например, такие сделки могут быть ограничены или вообще запрещены учредительными документами[2].

Если же подобные ограничения отсутствуют, то участник при отчуждении доли третьим лицам обязан соблюсти предусмотренные законом формальности. Речь идет о праве преимущественной покупки отчуждаемой доли, которым обладают остальные участники. При этом ст. 31 Закона достаточно подробно раскрывает смысл этого права и регламентирует процедуру такого отчуждения.

---

[1] Однако учредительными документами может быть ограничен максимальный размер доли, которая может принадлежать одному участнику. Такое ограничение не может быть установлено в отношении определенного участника. Равным образом учредительными документами может быть ограничена возможность изменения соотношения долей участников товарищества (п. 3 ст. 28 Закона). Поэтому, если такие ограничения существуют, то при уступке доли они должны быть соблюдены.

[2] Такие ограничения не распространяются на случаи продажи доли, принадлежащей государству или государственному юридическому лицу, если такая продажа осуществляется в соответствии с законодательством о приватизации путем продажи на торгах.

Участник ТОО, желающий продать свою долю или ее часть третьему лицу, обязан письменно известить о своем намерении исполнительный орган товарищества с указанием предполагаемой цены продажи. Исполнительный орган в течение недели обязан известить об этом всех участников товарищества. В свою очередь, участник, желающий приобрести долю или ее часть на предложенных условиях, должен, соответственно, уведомить исполнительный орган. При этом, если участников, желающих воспользоваться преимущественным правом, несколько и совокупная величина поступивших предложений превышает размер продаваемой доли (например, несколько участников согласились приобрести всю долю), при отсутствии иного соглашения между ними или положений учредительных документов, это право осуществляется ими пропорционально размерам их долей в уставном капитале.

Если же величина предложений участников не превышает размера продаваемой доли (например, все участники пожелали приобрести лишь незначительные части доли), каждый из них приобретает ту ее часть, которую он указал в своем уведомлении.

Если в течение месяца со дня направления исполнительному органу извещения о предложении доли к продаже, она или ее часть не будет выкуплена участниками, участник вправе продать ее или ее невыкупленную часть по цене не ниже той, какая была указана в извещении. В противном случае, участники вправе в судебном порядке потребовать признания заключенного с третьим лицом договора купли-продажи доли недействительным или, в течение трех месяцев, перевода на себя прав и обязанностей покупателя.

Важно также учитывать, что право преимущественной покупки участников действует и в случаях продажи доли с торгов, и при ее отчуждении по договору мены.

Думаем, что это правило должно применяться во всех случаях возмездного отчуждения доли, за исключением лишь тех, когда исполнение встречного предоставления связано с личностью контрагента (например, взамен отчуждаемой доли известный художник обязуется нарисовать портрет продавца доли). Поэтому в свое время мы предлагали заменить в этом словосочетании слово «покупки» на «приобретения»[1].

---

[1] См.: *Климкин С. И.* Выбытие участника из хозяйственного товарищества.— Алматы: «Әділет Пресс», 1996.— С. 8–9.

Если же доля отчуждается безвозмездно (например, по договору дарения), преимущественное право у других участников отсутствует.

При нежелании участников воспользоваться преимущественным правом покупки доли (ее части) этим правом может воспользоваться само товарищество.

Таков предложенный Законом механизм отчуждения доли третьим лицам. Нам, однако, представляется, что этот подход вряд ли являет собой на самом деле право преимущественной покупки в обычно понимаемом смысле. Известные сомнения вызывают по крайней мере два момента.

1) Согласно п. 6 ст. 31 Закона, участники вправе требовать признания договора купли-продажи доли недействительным, если она «будет отчуждена третьему лицу по более низкой цене нежели та, которая была указана в извещении».

Таким образом, по Закону лишь цена договора положена в основу преимущественного права. Думается, что такой подход является ошибочным. Проиллюстрируем это утверждение на примере. В своем извещении участник указал, что готов продать долю за 100 единиц с оплатой наличными в течение суток. Когда другие участники и само товарищество отказались от приобретения, участник заключил договор купли-продажи доли с третьим лицом на условиях: цена — 100 единиц, форма оплаты — безналичная, срок оплаты — один месяц.

Можно ли в таком случае говорить о нарушении преимущественного права других участников? По букве Закона — нет, их права соблюдены. Но, согласитесь, что элементарная юридическая логика говорит об обратном.

2) Когда на участника возлагается обязанность предложить сначала другим участникам выкупить его долю, то такая ситуация представляет собой не право преимущественной покупки, а так называемое право первого отказа.

К таким выводам нас подталкивает анализ права преимущественной покупки доли в общей долевой собственности. Так, согласно ст. 216 ГК РК, при продаже доли в праве общей долевой собственности постороннему лицу остальные участники долевой собственности имеют преимущественное право покупки продаваемой доли по цене, за которую она продается, и на прочих равных условиях. Продавец доли обязан известить в письменной форме остальных участников долевой собственности о намерении продать свою долю постороннему лицу с указанием цены и других условий, на которых продает ее.

Отличия в этих конструкциях по вышеуказанным позициям очевидны. Если Закон о ТОО упоминает лишь паритет цен, ГК говорит и о равенстве «прочих условий». Если Закон о ТОО обязывает участника сначала предложить свою долю другим участникам по «предполагаемой цене», то, по смыслу п. 2 ст. 216 ГК, продавец доли сначала должен договориться с потенциальным покупателем, и лишь потом извещать других участников об условиях достигнутого соглашения.

Таким образом, договор продавца доли в общей собственности с лицом, намеренным ее приобрести, представляет собой сделку, заключенную под отлагательным условием, по которой возможность возникновения прав и обязанностей покупателя доли связана с наступлением условия — отказа других собственников от реализации права преимущественного приобретения.

Считаем, что аналогичный механизм должен применяться и при продаже доли в уставном капитале ТОО.

В тех случаях, когда продажа доли третьему лицу (или участникам) запрещена или ограничена, желающий продать свою долю участник вправе потребовать от товарищества ее выкупа[1] либо дачи разрешения на ее продажу третьему лицу. Выбор одного из этих вариантов производится общим собранием участников товарищества.

После выкупа доли самим товариществом оно обязано предложить ее для выкупа другим участникам. При отсутствии согласия участников на выкуп товарищество обязано уменьшить уставный капитал на соответствующую величину путем погашения этой доли или продать ее третьим лицам.

Как видим, участник вправе потребовать от товарищества выкупа своей доли в уставном капитале лишь в описанном случае. Это означает, что Закон, в отличие от Указа Президента РК от 2 мая 1995 г. «О хозяйственных товариществах», отказался от предоставления участнику ТОО права на свободный выход с требованием выкупа его доли. Такой подход мы относим к явным достоинствам нового Закона[2]. Тем не менее, считаем необходимым отметить тот факт, что и в некоторых других случаях следовало бы допускать такую возможность, напри-

---

[1] Закон (п. 3 ст. 32) устанавливает, что цена в таком случае определяется соглашением сторон, а при недостижении соглашения — судом. Считаем необходимым отметить, что в основе определения цены должна лежать балансовая стоимость доли.

[2] Анализ этого вопроса см.: *Климкин С. И.* Указ. раб.

мер, в целях защиты интересов миноритарных участников (по аналогии с акционерным законодательством).

Закон также определяет основания принудительного выкупа доли у участника[1]. Этому вопросу посвящена ст. 34 Закона, устанавливающая судебный порядок этой процедуры. В соответствии с п. 2 указанной статьи, при причинении существенного вреда товарищество с ограниченной ответственностью, помимо требования о возмещении вреда и постановки вопроса о принудительном выкупе товариществом доли виновного участника, причинившего вред, вправе также потребовать выбытия его из числа участников.

Приведенная норма еще раз демонстрирует явную некорректность законодателя[2]. Во-первых, сам Закон (п. 2 ст. 28) определяет, что утрата права на долю по любым основаниям влечет выбытие участника из ТОО. Поэтому принудительный выкуп доли влечет безусловное выбытие участника из товарищества. По смыслу же п. 2 ст. 34 Закона — это совсем не связанные между собой факты. Еще раз обратим на это внимание: помимо постановки вопроса о принудительном выкупе доли, товарищество вправе также потребовать выбытия участника из товарищества. Очевидно, что такое положение является ошибочным. Во-вторых, возможность принудительного выкупа доли участника при причинении им существенного вреда грозит возможными злоупотреблениями со стороны других участников. Так, самого понятия существенного вреда в Законе не дается, и мы не видим возможности применения аналогии с ГК, который содержит лишь понятие существенного нарушения договора (ст. 401). То же самое можно сказать и о понятии «вред». Вред, как известно, может быть причинен в силу различных обстоятельств, да и выражаться по-разному. Но Закон не дает ответа на вопрос о возможности применения названной санкции при причинении товариществу вреда, например, при деликте. Вправе ли товарищество потребовать принудительного выкупа доли участника, если, скажем, в офисе воз-

---

[1] Закон 1998 г. отказался от использовавшегося в Указе 1995 г. выражения «исключение участника».

[2] В этом вопросе с нами солидарны и другие авторы: «Это можно объяснить только неудачной редакцией текста нормы» (См.: *Басин Ю. Г., Мукашева К. В.* Новый Закон Республики Казахстан «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» // В кн.: Гражданское законодательство Республики Казахстан: статьи, комментарии, практика. Вып. 7 / Под ред. А. Г. Диденко.— Алматы: ВШП «Әділет», 1999.— С. 44).

ник пожар в результате неосторожно брошенной этим участником сигареты или если участник товарищества, работая в нем одновременно водителем, по неосторожности совершил дорожно-транспортное происшествие и в обоих случаях причинил ТОО существенный вред[1] ?

В результате мы приходим к выводу, что основания применения такой меры, как принудительный выкуп, требуют самой тщательной регламентации в Законе. В ином случае практика рискует столкнуться с их необоснованно расширительным толкованием.

[1] Эти и другие вопросы, связанные с ответственностью участника ТОО, уже были предметом нашего анализа (см.: *Климкин С. И.* Ответственность участников товарищества с ограниченной ответственностью // В кн. Гражданское законодательство Республики Казахстан — толкование и комментирование. Выпуск 6 / Под общ. ред. А. Г. Диденко.— Алматы: «Баспа», 1998.— С. 61–74; также: *Климкин С. И.* Чем ограничено товарищество с ограниченной ответственностью? Вопросы ответственности участников ТОО по Закону от 22 апреля 1998 г. // Предприниматель и право, № 5–6 (март) 1999 г.).

ТЕМА: ОБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

ИПОТЕЧНЫЕ И СКЛАДСКИЕ СВИДЕТЕЛЬСТВА КАК ЦЕННЫЕ БУМАГИ

Н. Сарсенов

Ипотечное свидетельство

Согласно п. 1 ст. 12 Указа Президента РК, имеющего силу закона, от 23 декабря 1995 г. «Об ипотеке недвижимого имущества» (далее — Указ) ипотечным свидетельством признается ордерная ценная бумага, удостоверяющая право ее законного владельца на получение исполнения по основному обязательству и на обращение взыскания на заложенное недвижимое имущество в целях получения исполнения по основному обязательству.

В основе признания ипотечного свидетельства ценной бумагой лежит намерение законодателя придать правам, вытекающим из ипотечного договора, большую, в сравнении с общими правилами гражданского права, оборотоспособность.

Следует предположить, что данная ценная бумага является одним из видов каузальных ценных бумаг, поскольку в содержании документа указывается на основное обязательство. Указание в тексте бумаги на хозяйственную сделку либо на условия таковой говорит о каузальности ценной бумаги. А если текст ценной бумаги сформулирован совершенно независимо от хозяйственной сделки, то ценная бумага считается абстрактной.

Однако может ли ипотечное свидетельство свободно обращаться подобно любой ордерной ценной бумаге? Думается, нет. В этом мы согласны с Ф. С. Карагусовым, который отмечает, что, запись в реестре об имущественном праве сведет к нулю идею обращения таких документов, поскольку при передаче прав каждый раз придется обращаться к реестру[1]. Ордерная ценная бумага без каких либо ограничений переходит от одного лица к другому, если на ней совершена соответствующая передаточная надпись. При этом никакой регистрации в государственном реестре не требуется.

---

[1] *Карагусов Ф. С.* Негосударственные долговые ценные бумаги в Республике Казахстан.— Алматы, 2000.— С. 30.

В пользу отсутствия черт, присущих ордерной бумаге, можно привести еще и следующие аргументы.

Любая ордерная ценная бумага может быть передана по бланковой передаточной надписи. В этом заключается одно из преимуществ ордерной ценной бумаги перед именными. Ипотечное же свидетельство не может быть передано посредством бланковой передаточной надписи. Согласно абз. 2 п. 1 ст. 16 Указа бланковые передаточные надписи на ипотечном свидетельстве считаются недействительными. Это значит, что одно из свойств ордерной ценной бумаги — превращение ее в предъявительскую — в ипотечном свидетельстве парализовано.

Согласно п. 4 ст. 16 Указа надписи на ипотечном свидетельстве, запрещающие его последующую передачу другим лицам, недействительны. Это означает, что подобного рода надпись не имеет никакого юридического эффекта. В то же время теория ценных бумаг знает другое правило. Суть его заключается в том, что запрет на передачу ордерной ценной бумаги, выраженный словесной формулой «не приказу», означает возможность передачи такого документа с соблюдением формы и с последствиями обыкновенной цессии. В данном случае мы видим, что ипотечное свидетельство просто лишено еще одного свойства ордерной ценной бумаги — превращения в именную ценную бумагу.

Все это подтверждает высказанный нами тезис о том, что ипотечное свидетельство лишено, по сути, основных достоинств ордерной ценной бумаги. С этим выводом не согласны, однако, некоторые отечественные авторы[1]. Но, описав всего лишь несколько преимуществ использования ипотечного свидетельства, носящих больше конъюнктурный характер (освобождение от некоторых налогов по сделкам с ними, привлекательность ордерности ипотечного свидетельства для институциональных инвесторов и т.д.), им так и не удалось представить каких-либо серьезных аргументов против данного тезиса.

Несмотря на то, что ипотечное свидетельство отнесено законодателем к числу ордерных ценных бумаг, действительная природа ипотечного свидетельства больше тяготеет к именной ценной бумаге.

Следует отметить тот факт, что в дореволюционной России закладная или закладная крепость вообще не относилась к категории ценных бумаг. Согласно ст. 1 653 и 1 678 ч. 1 т. X Свода законов передача прав

---

[1] *Тартаковская Н.* Ипотечные свидетельства «Казахстанской ипотечной компании»// Рынок ценных бумаг Казахстана, 2002, № 9. С. 25–27.

по закладным путем надписей, все равно являются ли объектом права движимые или недвижимые вещи, запрещалась[1] . Так, в ст. 1 678 Свода говорилось, что «закладные на движимое имущество и домовые заемные письма с закладом движимого имущества не могут быть передаваемы по надписям»[2]. В свою очередь, ст. 1 653 предписывала, что «закладные на недвижимые имущества не могут быть передаваемы по надписям»[3]. Закладная не являлась ценной бумагой и даже не воспринималась в качестве потенциального предмета залога. Подтверждение этому мы находим в рассуждениях русских цивилистов. Так, Д. И. Мейер писал: «Случается так же, что закладывается закладной акт, подобно тому, как закладывается купчая крепость; но и здесь, как при закладе купчей крепости, не только нет залога заложенной вещи, а даже вовсе нет залога, и вся обеспечивающая сила такого действия состоит в том, что рано или поздно залогодателю закладного акта придется его выручить»[4].

Здесь явствует такое отношение к залогу закладной, какое примерно, в наши дни существует к так называемому, «залогу» паспортов и удостоверений личности (когда, скажем, для обеспечения возврата арендованного имущества, стоимость которого существенно превышает размер арендной платы,— чаще в случаях массового совершения однотипных сделок, как правило, в потребительской сфере — прокат коньков на катке, видеокассет, книг в библиотеке), нередко встречающемуся в повседневной жизни. Об этом же, в принципе, говорят Г. Ф. Шершеневич, К. Победоносцев[5] .

Наиболее полный и глубокий анализ закладной, возможности ее передачи мы находим у К. Анненкова[6]. В результате своего исследования автор приходит к довольно интересному выводу.

---

[1] Гражданские законы (Свод законов, том X, часть I,.) с разъяснениями их по решениям Правительствующего Сената. Четвертое дополненное издание. Спб.,1871.

[2] Там же.

[3] Там же.

[4] *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. Классика российской цивилистики.— М., 2000.— С. 554.

[5] *Шершеневич Г. Ф.* Курс гражданского права.— Тула, 2001. (Серия «Юридическое наследие»). С. 326.; *Победоносцев К.* Курс гражданского права. Третья часть. Договоры и обязательства. Спб.,1880.— С. 230.

[6] *Анненков К.* Система русского гражданского права. Том III. Права обязательственные.— СПб., 1898.— С. 181–211.

«В виду, таким образом, невозможности, с одной стороны, обоснования положения о допустимости цессии по соображениям, почерпнутым из закона, а с другой, противоречия его прямым воспрещениям закона их (закладных — добавлено мной Н. С.) передачи, и нельзя не признать правильным мнение, высказанное большинством наших цивилистов и сенатом о допустимости их передачи. Если и возможно считать в этом отношении что допустимым, то разве только, как указал 3-й департамент сената, передачу их с согласия должника в виде личных обязательств, отрешенных от их обеспечения залогом, но дело в том, что такая их передача, как совершенно основательно заметили редакторы Судебного Вестника, не может считаться уже за цессию их в настоящем значении ее понятия, а представляет собой новационный договор, прекращающий действие залога, на каковом основании не может считаться за цессию так же и передача закладных с согласия должника или залогодателя особым актом, если бы даже и считать такой способ их передачи допустимым …»[1].

Как видим, автор склонен считать, что передача закладной возможна только путем новационного договора, где, по сути, передается только основное обязательство без обеспечения.

Очевидно, что выводы автора в корне перечеркивают закладную как ценную бумагу. Тем не менее, большинство дореволюционных авторов полагало, что закладная может быть передана путем цессии[2].

Но самым интересным, пожалуй, является то обстоятельство, что весь спор заключался не в вопросе о возможности или невозможности передачи закладных как ценных бумаг (т.е. свободно — путем передаточной надписи), но в принципиальной допустимости или недопустимости передачи залоговых прав по закладной, то есть об их уступке. Только при таком рассуждении становятся понятными выводы о новационном договоре.

Подтверждением сказанному является следующее. Согласно ст. 17, 18, 21 Устава о банкротах от 19 декабря 1800 г. крепостные и долговые заемные письма без залога займодавец волен передать другому по надписи, но закладные и долговые с залогом письма передавать с подобными надписями другим воспрещается, поскольку заемщик вверил за-

---

[1] *Анненков К.*, Указ. соч.— С. 201.

[2] *Вербловский.* Об уступке залоговых обязательств//Судебный Вестник, 1876, № 55; *Гурлянд.* О передаче закладных на недвижимые имущества //Судебный Вестник, 1873, № 204. Цит. по К. Анненкову.

лог его займодавцу. Эти слова, по мнению противников передачи закладной, в принципе, понимались как запрет на передачу залогового права как основанного на личном доверии должника к верителю. Именно данное положение и послужило источником разногласий в вопросе о передаче залоговых прав по закладной.

Следовательно, закладные в дореволюционной России никак не могли считаться ценными бумагами. Современные же авторы, не вникая в природу этого документа, в большинстве своем, заняты простым описанием его свойств по действующим нормативным правовым актам. И если в российском праве закладная является именной ценной бумагой, то в казахстанском праве ипотечное свидетельство — ордерная бумага. Можно себе представить глубину исследований, предваривших отнесение ипотечного свидетельства к числу ордерных ценных бумаг.

Однако к ценным бумагам относились так называемые закладные листы. Это бумаги, которые выдавались кредитными установлениями и подтверждали внесение и стоимость недвижимости. Эти бумаги впоследствии закладывались под обеспечение кредита. В целом, пишет В. С. Ем, закладные листы представляли собой облигации (подчеркнуто мной — Н. С.) с купонным доходом[1]. Закладные листы могли быть именными и на предъявителя. Подобная конструкция меньше всего напоминает ипотечное свидетельство.

Далее, важно отметить, что ипотечное свидетельство заимствовало конструкцию ответственности по ордерным ценным бумагам[2]. На исполнение по ипотечному свидетельству распространяются правила ст.133 ГК. Лицо, выдавшее ипотечное свидетельство, и все лица, индоссировавшие его, отвечают перед законным владельцем солидарно.

Однако последнее правило об ответственности надписателей ордерной ценной бумаги, по нашему мнению, несколько излишне. Дело в том, что строгая ответственность надписателей ордерной ценной бумаги имеет назначением защиту прав индоссатов при высокой оборотоспособности документа. Она применяется как бы пропорционально риску

---

[1] Правовые проблемы организации рынка ипотечного кредитования в России / Под ред. В. С. Ема.— М., 1999.— С. 66.

[2] Попутно заметим, что в силу специфики этого вида ответственности В. А. Белов считает правомерным говорить об ответственности особого рода — ответственность надписателей ордерной ценной бумаги. См. *Белов В. А.* Ценные бумаги в российском гражданском праве.— М., 1996. С. 96.

индоссата не получить исполнение по бумаге, как следствие повышенной обращаемости. Чем выше возможность потерять из виду предыдущего кредитора по бумаге (например, при бланковом индоссаменте), тем, соответственно, выше и строже ответственность надписателей. В случае же с ипотечным свидетельством, где каждая передача сопровождается государственной регистрацией и где нет бланкового индоссамента, отпадает необходимость в повышенной ответственности. Конечно, в сравнении с именными ценными бумагами по ордерным ценным бумагам лицо, передающее их, несет ответственность не только за существование права, но и за его осуществление. Тогда как по именным ценным бумагам лицо, передающее права по ценной бумаге, отвечает только за недействительность соответствующего требования, но не за его исполнение. Возможно именно это различие в объеме ответственности прежнего держателя бумаги перед новым держателем и легло в основу выбора конструкции ордерной ценной бумаги для ипотечных свидетельств. Тем не менее, вряд ли можно говорить о действительной необходимости подобной ответственности по ипотечным свидетельствам, если сведения о сделках по их передаче заносятся в государственный реестр.

В литературе указывалось на противоречивость регламентации закладной в российском гражданском праве[1]. Дело в том, что согласно ФЗ от 16 июля 1998 г. № 102 «Об ипотеке (залоге недвижимости)» закладная отнесена к именной ценной бумаге. В то же время согласно ст. 48 Закона передача прав по закладным осуществляется путем совершения передаточной надписи. В связи с этим некоторые ученые полагают, что закладная суть ордерная ценная бумага, поскольку передается путем индоссамента.[2] Такие выводы нельзя признать обоснованными, поскольку за посылку берется не сущность бумаги, но способ передачи.

Однако необходимо отметить, что наличие передаточной надписи не является основанием для отнесения бумаги к числу ордерных ценных бумаг. Именная ценная бумага может быть передана путем передаточной надписи, которая не будет иметь значение индоссамента по ордерным ценным бумагам. Российскому гражданскому праву известны

---

[1] *Диденко А. Г.* Научно-практический комментарий статей ГК РК о залоге // Гражданское законодательство Республики Казахстан. Статьи. Комментарии. Практика. Вып.11.— Алматы, 2001.— С. 104.

[2] *Павлодский Е.* Правовое регулирование закладной //Хозяйство и право, 2000.— № 6.— С. 24.

такие способы передачи именной ценной бумаги. Так, именные акции, согласно ст. 344 ГК 1922 г. могли передаваться по передаточной надписи. М.М. Агарков по этому поводу отмечает, что «особенно существенным является то обстоятельство, что индоссамент не является способом передачи одних только ордерных бумаг».[1] На наш взгляд, здесь остается неясным один лишь вопрос — будет ли такая передаточная надпись иметь силу цессии? Ведь цессия как договор содержит подписи обеих сторон договора, а передаточная надпись — только передающей стороны. М. М. Агарков считает, что ст. 128 ГК не содержит никаких препятствий к оформлению цессии указанным способом[2] . В тех случаях, писал М. М. Агарков, когда передаточная надпись учиняется на документе, который не является ордерной бумагой, то независимо от того, является ли документ ценной бумагой, такая передаточная надпись должна рассматриваться как оформление передачи соответствующего права, подлежащее обсуждению на основании правил гражданского права[3].

В. А. Белов, называя такую надпись цессионной, которая учинена на обороте бумаги, по-видимому, признает за ней возможность создать права у приобретателя именной акции[4].

О. Ломидзе считает, что применительно к передаче закладной законодатель установил специальное (подчеркнуто мной — Н. С.) правило, отличное от правил ст. 146 ГК РФ[5].

Интересно на этот счет и мнение К. Победоносцева. Вообще из соображений наших законов, писал автор, следует, что в них нет общего запрещения передавать условия между двумя лицами по односторонней передаточной надписи: свобода же передачи вытекает из соображений о том, что всякий волен распоряжаться своим имуществом[6].

Соглашаясь с К. Победоносцевым в том, что нет запрета для передачи путем односторонней надписи, к примеру, обычных долговых расписок[7], хотелось бы отметить отсутствие серьезных сдвигов по обсуждаемому вопросу в законодательстве и теории еще с XIX в.

---

[1] *Агарков М. М.* Указ. соч.— С. 192.

[2] Там же.

[3] Там же.

[4] *Белов В. А.* Сингулярное правопреемство в обязательстве.— М., 2000.— С. 235.

[5] *Ломидзе О.* Закладная: последствия составления и выдачи. //Хозяйство и право. 2000.— № 11.— С. 40.

[6] *Победоносцев К.* Курс гражданского права. Третья часть. Договоры и обязательства. 1880. С. 232.

[7] Там же.

Полагаем, что, как говорилось выше, для того, чтобы передать именную бумагу можно составить надпись на обороте, внешне схожую с индоссаментом, но не имеющим силы такового. Подобная цессионная надпись традиционно приравнивалась по своей природе к договору цессии. Однако заметим, что между договором цессии и цессионной надписью, по нашему мнению, все же существуют некоторые формальные различия. Уравнивание же этих двух явлений произошло в силу обычая. Следовательно, всякий индоссамент признается передаточной надписью, но не всякая передаточная надпись является индоссаментом. Применительно к документам, удостоверяющим права, не предназначенные для свободного обращения, индоссамент как специальный вид передаточной надписи утрачивает свое исконное значение. Образно говоря, такое положение (использование индоссамента не по назначению), в большей мере, похоже, к примеру, на использование целого грузового железнодорожного состава для отправки, скажем, ручной клади весом в один килограмм. Трудно не согласиться с тем, что, в сущности, это перевозка груза. Другое дело, совершенно неоправданное, извращенное соотношение так называемого груза и используемых для его перевозки средств.

Основная идея ипотечного свидетельства как ценной бумаги заключается в том, чтобы без труда перенести право от одного лица к другому. В облегчении передачи прав, в сущности, состоит и основная цель института ценных бумаг.

В случае с ипотечным свидетельством законодатель поставил задачей облегчить передачу прав от залогодателя ипотечного свидетельства (кредитора по основному обязательству) к залогодержателю ипотечного свидетельства. По смыслу указа правом, которое необходимо передавать, является залоговое право. Однако, согласно п. 2 ст. 325 ГК РК, само залоговое право уступается только при условии одновременной уступки тому же лицу прав по основному обязательству. Вместе с тем известно, что ипотечное свидетельство как ценная бумага удостоверяет: 1) право на получение исполнения по основному обязательству; 2) право на обращение взыскания на предмет залога.

Но здесь возникает следующий вопрос — означает ли передача ипотечного свидетельства по передаточной надписи соответственно передачу удостоверяемых прав?

Казалось бы, что п. 2 ст. 16 Указа дает исчерпывающий ответ на поставленный вопрос. Так, согласно этой норме «передача прав по ипо-

течному свидетельству другому лицу означает передачу тем самым этому же лицу прав по основному обязательству». И далее там же: «законному владельцу ипотечного свидетельства принадлежат все, вытекающие из его содержания права, включая права залогодержателя и права кредитора по основному обязательству».

Однако такая истина для ипотечного свидетельства будет справедлива только при соблюдении следующих условий.

Первое, и самое главное условие, при котором будет иметь силу правило о передаче по индоссаменту прав по ипотечному свидетельству, это простота основного обязательства. Иначе говоря, основное обязательство должно быть несложным по содержанию и состоять из одного субъективного права и одной субъективной обязанности. Только в этом случае ипотечное свидетельство способно транспортировать и удостоверять, подобно любой ценной бумаге, право по основному обязательству.

В ином случае произойдет нарушение одного из принципов ценных бумаг, именуемого литтеральностью. Согласно этому принципу — ценная бумага дает право требовать исполнения только того, что в ней буквально написано[1]. Это означает, что все, что не написано в бумаге, не имеет значения. Между тем, на практике многие договоры осложнены дополнительными, детализирующими правами и обязанностями, которые не вносятся в ипотечное свидетельство. Конечно, все детали, расписанные в основном договоре, вместе с самим договором всегда будут приложены к ипотечному свидетельству. Но этот договор будет иметь значение только для тех лиц, которые его заключали, то есть, распространяется только на отношения сторон по договору. А для того, чтобы права и обязанности перешли к новому держателю ипотечного свидетельства, необходимо совершить цессию и делегацию, дополнительно к индоссаменту. Причем, цессия и индоссамент вызовут к жизни два разных режима, разные последствия по всей совокупности переданных прав. Делегация же, в свою очередь, предполагает получение согласия кредитора. В противном случае обязанности по договору останутся у прежнего держателя ценной бумаги (ауктора), а права перейдут к новому держателю. Указанные сложности, непременно приведут к нарушению принципа публичной достоверности, свойственному всякой ценной бумаге.

---

[1] *Гордон В. М.* Система советского торгового права.— Харьков, 1924.— С. 36.

Еще одно немаловажное обстоятельство. Необходимо установить: какому акту должно отдавать приоритет при возникновении разночтений между ипотечным свидетельством и договором или основным договором? Думается, что приоритет должен признаваться всегда за ценной бумагой. Аргументом в пользу этого тезиса является то, что ценная бумага суть право, облеченное в материальную форму и обладающее высокой, наравне с вещью, оборотоспособностью. Следовательно, такая вещь может оказаться в руках ее добросовестных приобретателей, которым никак не могли быть известны отношения по договору между лицом, выпустившим бумагу и первым приобретателем. Возлагать в таком случае ответственность на добросовестного приобретателя бумаги было бы просто нелогично.

Следующим условием является то, что основное обязательство должно быть обязательно денежным. Согласно п. 7 ст. 1 Указа основное обязательство это долговое или иное обязательство, полностью или частично обеспеченное ипотекой. Следовательно, ipso iure основное обязательство может быть и неденежным. Представим, что основное обязательство не является денежным. И что тогда? Тогда ипотечное свидетельство не будет удостоверять право из основного обязательства, поскольку среди реквизитов ипотечного свидетельства существует указание только на сумму основного обязательства, но не на его существо. Стоит ли говорить о том, насколько соответствует логике и теории правовая ситуация, при которой кредитор по бумаге будет требовать того, упоминание о чем, вообще отсутствует в бумаге. Если в бумаге указана только сумма основного обязательства, при том, например, что существо его заключается в выполнении определенных работ, то мы не вправе требовать выполнения этих работ.

Таким образом, основное обязательство в ипотечном свидетельстве всегда должно быть денежным и простым. Только в этом случае мы можем говорить об удостоверении ипотечным свидетельством прав по основному обязательству.

Подводя итог всему сказанному, можно сделать следующий вывод. Ипотечное свидетельство не является по своей природе ордерной ценной бумагой. Использование для передачи прав по ипотечному свидетельству такого средства как индоссамент — излишне и нецелесообразно. Основные достоинства ордерных ценных бумаг в ипотечном свидетельстве отсутствуют. Необходимость же в высокой ответственности надписателей ордерной ценной бумаги применительно к ипотечному

свидетельству вызывает сомнения вследствие пониженной оборотоспособности самой бумаги. Для того, чтобы придать ипотечному свидетельству более или менее свободную обращаемость, необходимо обеспечить, чтобы основное обязательство, удостоверяемое ипотечным свидетельством, было всегда денежным и простым.

Учитывая тот факт, что в ближайшем будущем по прогнозам специалистов ипотечные свидетельства станут представлять собой достаточно интересный инструмент на финансовом рынке[1] , считаем необходимым изменение действующего законодательства об ипотечных свидетельствах с учетом высказанных нами предложений.

Складское свидетельство

Согласно п. 1 ст. 797 ГК РК товарные склады могут выдавать в подтверждение принятия товаров на хранение следующие складские документы: 1) простое складское свидетельство; 2) двойное складское свидетельство. П. 2 этой же статьи указанные документы, в том числе и каждая часть двойного складского свидетельства в отдельности, отнесены к ценным бумагам.

Складское свидетельство — это ценная бумага, выдаваемая товарным складом определенному лицу в удостоверение факта принятия на хранение от этого лица определенного товара и воплощающая в себе право ее держателя получить лично или через посредство третьего лица этот товар.

Поскольку наше законодательство придерживается абсолютной теории (передача бумаги представляет собой символическую традицию самой вещи, переносящую на получателя право собственности) в отношении товарораспорядительных документов, то передача простого складского свидетельства будет означать передачу права собственности на товар. Причем, право собственности перейдет на приобретателя не в момент фактического получения товара со склада, а в момент передачи складского свидетельства. Это вытекает из п. 2 ст. 239 ГК, где говорится, что к передаче вещей приравнивается передача коносамента или иного распорядительного документа на вещи.

---

[1] *Максимова Н. Ю.* Некоторые аспекты гражданско-правовых отношений на рынке ценных бумаг// Субъекты гражданского права. Материалы международной научно-практической конференции, посвященной 10-летию независимости Республики Казахстан (в рамках ежегодных цивилистических чтений).— Алматы, 18–19 июня 2001 г. Том 1.— С. 361.

В законодательстве дореволюционной России предусматривалась трансформация простого складского свидетельства в юридически разделенное на соответствующие части двойное складское свидетельство. Так, в ст. 751 Устава Торгового говорилось, что «должнику по его желанию может быть выдана копия свидетельства», после чего, согласно ст.753 копия простого складочного свидетельства заменяет простое складочное свидетельство, отделенное от закладного, а заложенное складочное свидетельство — закладное свидетельство[1] .

Думается, что целесообразность включения такого правила в отечественное законодательство может быть установлена только практикой.

Двойное складское свидетельство состоит из двух частей. В неотделенном друг от друга состоянии двойное складское свидетельство напоминает своими свойствами простое складское свидетельство.

Разновидностью двойного складского свидетельства является зерновая расписка. Согласно п. 9 ст. 1 Закона РК от 19 января 2001 г. «О зерне» зерновой распиской признается двойное складское свидетельство, выдаваемое хлебоприемным предприятием в подтверждение принятия зерна от владельца зерна на хранение. Следует отметить, что зерновая расписка не является самостоятельным видом ценной бумаги. Это всего лишь разновидность двойного складского свидетельства, используемого коммерческими организациями, осуществляющими хранение зерна в качестве товарных складов.

Вместе с тем названная норма устанавливает в императивном порядке, что зерновая расписка может выдаваться только в виде двойного складского свидетельства. Означает ли это, что, к примеру, элеваторы не могут выдавать в подтверждение принятия на хранение зерна простые складские свидетельства? Думается, что да, поскольку в п. 1 ст. 39 Закона «О зерне» предписывается, что хлебоприемное предприятие при получении зерна на хранение обязано выдать владельцу зерновую расписку. Хотя такое ограничение, на наш взгляд, не имеет под собой реального основания.

Кроме того, считаем, что отдельное регулирование в законе порядка обращения зерновой расписки просто лишено смысла. Ведь зер-

[1] Свод законов Российской Империи повелением государя Императора Николая Первого составленный. Том II, часть II. Уставы: Кредитный, О векселях, Торговый, Судопроизводства торгового, Консульский и О промышленности.— СПб., 1893.— С. 131.

новая расписка суть двойное складское свидетельство. Ее правовой режим устанавливается положениями Гражданского кодекса о ценных бумагах и о двойном складском свидетельстве. Поэтому излишнее дублирование норм гражданского кодекса только вносит путаницу в нормативный акт.

Можно, правда, указать и на такие ново введения в законе, которых нет в Гражданском кодексе. Однако подобные «новеллы» вносят элементы хаотичности в регулирование двойных складских свидетельств, практически не вводя ничего нового.

Возьмем, к примеру, п. 11 ст. 40 Закона. Вот его содержание.

«Доступ к хранящемуся на хлебоприемном предприятии зерну можно получить только по предъявлении зерновой расписки на залоговое зерно исключительно в тех случаях, когда она просрочена. Во всех иных обстоятельствах доступ к хранящемуся на хлебоприемном предприятии зерну можно получить только предъявив зерновую расписку о праве собственности на зерно, так и на залоговое зерно».

Мы не будем комментировать данную норму, ограничившись только ее приведением здесь. На наш взгляд, тут явно и достаточно выпукло усматривается полная бессвязность текста, как смысловая, так и синтаксическая. Следует сказать лишь о попытке законодателя установить правило о необходимости обязательного предъявления зерновой расписки для того, чтобы осуществить права, удостоверенные ею. Однако это правило относится к основным принципам, на которых построена конструкция ценных бумаг. Оно содержится уже в определении ценных бумаг — «ценной бумагой является документ, удостоверяющий с соблюдением установленной формы и обязательных реквизитов имущественные права, осуществление которых возможно только при его предъявлении» (п. 1 ст. 129 ГК РК). Практически такие же недостатки можно обнаружить в других, подобного рода «новеллах». Наличие таких норм не просто ничего не привносит в регулирование складских свидетельств, но серьезно усложняет их правовую регламентацию.

Двойное складское свидетельство и каждая его часть являются ордерными ценными бумагами, а не именными, как полагают некоторые авторы[1]. Изначально, еще законодательство дореволюционной России, вводя этот вид бумаг в оборот, распространяло на них все правила о

[1] *Жайлин Г. А.* Гражданское право. Учебник (часть Особенная) Т. II.— Алматы, 2001.— С. 314.; *Теняков Э., Гудков Ф., Аполлонов К.* Знакомьтесь: складские свидетельства //Рынок ценных бумаг.— 1996. № 24.— С. 95.

векселях. Так, ст. 732 Устава Торгового прямо устанавливала, что «складочное и закладное свидетельства могут быть передаваемы вместе или порознь по передаточным надписям, именным или бланковым, причем в отношении формы передаточных надписей, перехода прав к приобретателю и удостоверения прав держателя свидетельства, применяются соответственные, постановленные для векселей (Уст. Вексел.)»[1]. Из этого становится очевидным намерение законодателя того времени придать правам, удостоверенным двойным складским свидетельством и каждой его частью, повышенную передаваемость, чего невозможно добиться через посредство конструкции именных ценных бумаг.

При отделении залогового свидетельства и передачи его другому лицу для установления залога на товар правовой режим двойного складского свидетельства сильно изменяется. Появляются два разных вида ценных бумаг. При этом складское свидетельство сохраняет свои прежние распорядительные свойства. Залоговое же свидетельство превращается в разновидность долговой (!), а не распорядительной бумаги.

Согласно п. 4 ст. 800 ГК держатель залогового свидетельства имеет залоговое право на товар в размере выданного по этому свидетельству займа и вознаграждения по нему. Подобная норма содержится и в п. 3 ст. 914 ГК РФ. Думается, что именно это положение послужило основанием для В. С. Ема утверждать, что «сущность залогового свидетельства как ценной бумаги заключается в установлении права залога на товар у лица — держателя залогового свидетельства, иного, чем держатель складского свидетельства, а не в установлении денежного требования»[2]. На наш взгляд, подобного рода суждения несколько ошибочны. В заблуждение, видимо, вводит наименование бумаги «залоговое свидетельство». Создается впечатление, что залоговое свидетельство как ценная бумага удостоверяет только залоговое право на товар.

Между тем, на наш взгляд, необходимо различать момент времени, начиная с которого залоговое свидетельство становится ценной бумагой. Этим моментом будет момент учинения первой надписи на залоговом свидетельстве и передачи залогового свидетельства займодавцу.

[1]Свод законов Российской Империи повелением государя Императора Николая Первого составленный. Том II, часть II. Уставы: Кредитный, О векселях, Торговый, Судопроизводства торгового, Консульский и О промышленности.— СПб., 1893.— С. 128.

[2]*Ем В. С.* К вопросу о юридической природе двойных складских свидетельств и обеспечиваемых ими денежных обязательств //Вестник Московского университета.— Сер. 11, право. 2001.— № 1.— С. 60.

С этого момента залоговое свидетельство становится долговой ценной бумагой, удостоверяющей: 1) право требования по договору займа; 2) залоговое право на товар, находящийся на складе. Подтверждение тому мы находим в Уставе Торговом, где в отличие от современных законодательных актов, совершение первой надписи на залоговом свидетельстве подробно регламентировалось. Так, в ст. 732 Устава говорится, что «в первой надписи на закладном свидетельстве, передаваемом отдельно от складочного свидетельства, для получения ссуды, означается: 1) звание, имя и фамилия или фирма и местожительство лица, выдающего ссуду; 2) капитальная сумма ссуды и срок, на который она выдана»[1]. Такая надпись должна была быть дословно повторена на складском свидетельстве и удостоверена на обоих свидетельствах нотариально, либо внесена в реестр склада с учинением заведующим складом отметки на обоих свидетельствах. Все это позволяет говорить о том, что на бланке залогового свидетельства составляется, по существу, новая, уже долговая ценная бумага. До этого момента залоговое свидетельство не имеет, на наш взгляд, самостоятельного значения, выполняя роль придатка к основной ценной бумаге. Наименование же «залоговое свидетельство» не говорит о том, что данная ценная бумага удостоверяет лишь право залога, как самостоятельное, независимое право.

Кроме того, правильней говорить не о сущности, а об особенности залогового свидетельства как ценной бумаги. Сущность же залогового свидетельства как ценной бумаги такая же, как и у всех остальных ценных бумаг — повышение оборотоспособности имущественных прав. Говоря же об особенности залогового свидетельства как ценной бумаги, следует отметить: особенность заключается в том, что вместе с основным требованием по бумаге залоговое свидетельство удостоверяет и транспортирует обеспечение этого требования. Путем надлежащей передачи бумаги от одного лица к другому мы передаем одновременно и право по бумаге, и залоговое право. Основным же правом по залоговому свидетельству будет не залоговое, а долговое. Удобство же такой конструкции заключается в отсутствии необходимости всякий раз при передаче имущественного права совершать уступку залоговых прав.

---

[1]Свод законов Российской Империи повелением государя Императора Николая Первого составленный. Том II, часть II. Уставы: Кредитный, О векселях, Торговый, Судопроизводства торгового, Консульский и О промышленности.— СПб., 1893.— С. 128.

В связи со сказанным можно считать ошибочным мнение В. С. Ема и о том, что правило о недопустимости отказа от исполнения обязательства, удостоверенного ценной бумагой, со ссылкой на отсутствие основания обязательства либо на его недействительность, касается именно основания выдачи двойного складского свидетельства, каковым является акт передачи товара на хранение[1]. Дело в том, что основание выдачи залогового свидетельства как ценной бумаги будет иным, нежели основание выдачи двойного складского свидетельства. Таким основанием для залогового свидетельства будет передача денег в заем. Правда, это касается только основного имущественного требования, выраженного в залоговом свидетельстве. В части же залога дело обстоит иначе. Здесь основанием является сложный юридический состав: сдача товара на хранение и передача денег в заем. Поэтому указанное положение (п.2 ст.147 ГК РФ, а в ГК РК п. 2 ст. 133) вполне применимо и в отношении основного требования по залоговому свидетельству.

Вывод автора о том, что «абстрактность залогового свидетельства как ценной бумаги никоим образом не означает абстрактности денежного обязательства как ничем не обусловленной обязанности заплатить»[2] представляет из себя путаницу понятий. Абстрактность обязательства по ценной бумаге не означает «ничем не обусловленной обязанности заплатить». Автор, по всей видимости, путает абстрактность ценной бумаги с безусловностью вексельного обязательства. Абстрактность по ценной бумаге означает, что право требования по ценной бумаге не зависит от основания, в силу которого принята должником обозначенная в ней обязанность[3]. Безусловность же вексельного обязательства означает, что исполнение обязанности векселедателя простого векселя не может быть чем-либо обусловлено[4]. Оно может считаться обусловленным в случаях: 1) когда совершение платежа по векселю ставится в зависимость от наступления какого-либо обстоятельства или события; 2) когда оговаривается иной (отличный от законодательно установленного) объем ответственности; 3) когда в векселе оговариваются специальные (не предусмотренные законодательством) условия ответственности[5].

---

[1] *Ем В. С.* Указ. раб.— С. 62.

[2] Там же.

[3] *Гордон В. М.* Система советского торгового права.— Харьков, 1924.— С. 36.

[4] *Белов В. А.* Практика вексельного права.— М., 1998.— С. 105.

[5] *Нолькен А. М.* Устав о векселях: практическое руководство. Изд. 6-е. СПб., 1913, С.48–49.

Вообще, необходимо заметить, что изложенная позиция В. С. Ема в отношении залогового свидетельства страдает противоречивостью. Так, автор, как мы видели, с одной стороны, утверждает отсутствие, абстрактности по основному требованию ценной бумаги, с другой стороны — молчаливо соглашается с тем, что это суть ценная бумага, и причем, ордерная.

Между тем, ригоризм в позиции об отсутствии абстрактности неизбежно привел бы автора к другой крайности, примером которой являются выводы, сделанные Э. Теняковым, Ф. Гудковым и К. Аполлоновым[1]. Позиция этих авторов следующая.

«В отношении переуступки прав по варранту надо помнить о положениях ст. 355 ГК РФ, согласно которым уступка залогодержателем своих прав действительна, если тому же лицу уступлены права требования к должнику по основному (обеспеченному) обязательству. Отсюда следует один любопытный вывод — вместе с совершением передаточной надписи на варранте новый и предыдущий залогодержатели (новый и предыдущий держатели варранта) *должны совершить договор цессии* (выделено мной — Н. С.) по переуступке прав требования по обязательству, в обеспечение которого был выдан (отделен) варрант. Если такой договор не составлен, то передаточная надпись на варранте недействительна»[2].

Ошибка авторов такого вывода заключается в том, что авторы не признают абстрактности за основным требованием по ценной бумаге. Эта позиция полностью совпадает с позицией, высказанной В. С. Емом. Но здесь авторы оказались более последовательны, почему и пришли к подобному выводу — необходимости «совершить договор цессии» между новым и предыдущим держателями варранта, в целях передачи прав по основному обязательству. Действительно, если бы основное требование по залоговому свидетельству не обладало свойством абстрактности, то каждая передача залогового свидетельства, помимо индоссамента, должна была бы сопровождаться и договором цессии. Но, как мы уже говорили, основное требование обладает (!) свойством абстрактности.

Допустим, что основное требование по бумаге не обладает абстрактностью. Тогда это требование не может свободно переходить от

[1] *Теняков Э., Гудков Ф., Аполлонов К.* Знакомьтесь: складские свидетельства // Рынок ценных бумаг. 1996.— № 24.— С. 95.

[2] Там же.

одного лица к другому по индоссаменту, будучи выраженным в ценной бумаге. По индоссаменту может перейти только абстрактное требование, не связанное с первоначальным основанием. Только в этом случае оно может быть удостоверено ценной бумагой. Иначе всякий держатель залогового свидетельства будет подвергнут риску отказа со стороны должника в исполнении обязательства, выраженного в залоговом свидетельстве по мотивам отсутствия основания или его недействительности. В этом случае мы будем вынуждены признать, что: во-первых, право требования не удостоверяется залоговым свидетельством как ценной бумагой (в случае удостоверения подобный отказ недопустим); во-вторых, право требования, которое не удостоверено ценной бумагой, тем не менее, переходит с передачей ценной бумаги (то есть по правилам ценных бумаг); в-третьих, как следствие из первых двух — залоговое свидетельство будет являться ценной бумагой, удостоверяющей оторванное от основного и способное к самостоятельному существованию, право залога (!). Однако абсурдность этих выводов очевидна.

Сказанное позволяет представить себе ситуацию, когда держатель залогового свидетельства передаст его другому лицу, передав тем самым право залога, но при этом не совершит цессию прав из основного обязательства. Получится теоретически интересная ситуация — право требования из основного обязательства осталось у одного лица, а право залога перешло к другому лицу.

Вот мнение на этот счет Г. Ф. Шершеневича.

«Так как цель залога состоит в обеспечении права требования, то залоговое право представляет собой дополнительное отношение, предполагающее наличие другого, обязательственного отношения. Современное германское право допускает установление залогового права на недвижимость, совершенно оторванное от обязательства, как абстрактное право на известную ценность имения. Что такое право может существовать — в этом нет сомнения, раз оно существует, но чтобы оно было залоговым правом — это вопрос»[1].

Очевидно, что в случае абстрагированных и самостоятельных залоговых прав Г. Ф. Шершеневич допускает, в качестве вывода, две альтернативы: либо это не залоговое, а иное какое-либо самостоятельное право, что весьма справедливо, на наш взгляд, в отношении существовавших в то время в немецком праве закладных листов; либо такого залога не существует.

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Курс гражданского права.— Тула, 2001.— С. 316.

Мы полностью разделяем эту позицию Г. Ф. Шершеневича. Поэтому мы считаем, что ценная бумага не может удостоверять в качестве требования, в ней заключенного, исключительно залоговое право.

Сказанное позволяет сделать следующий вывод: залоговое свидетельство — это ордерная ценная бумага, удостоверяющая право ее держателя на получение суммы, названной в залоговом свидетельстве, и право залога на предмет, указанный в залоговом свидетельстве в пределах упомянутой суммы. Залоговое свидетельство как ценная бумага возникает в момент учинения на ней первой надписи и фактической передачи ее первому держателю.

ТЕМА: СДЕЛКИ

ОТГРАНИЧЕНИЕ СДЕЛОК ОТ ДЕЙСТВИЙ НЕЮРИДИЧЕСКОГО ХАРАКТЕРА

С. Климкин

Цивилистическую мысль всегда волновал вопрос об отграничении сделок как правопорождающих юридических фактов от действий морально-нравственного, лично-бытового характера.

Эта проблема, не нашедшая своего однозначного разрешения еще в римском праве, вновь обрела актуальность в связи с принятием Гражданских кодексов Республики Казахстан (Общая часть 1994 г. и Особенная часть 1999 г.), опубликованием ряда научных материалов на обозначенную тему, а также профессиональной дискуссией, возникшей недавно на кафедре гражданского права КазГЮУ.

Так, О. С. Иоффе отмечает, что нужно различать правовое и всякое иное, даже соприкасающееся с правом, регулирование. Чтобы не смешивать одно с другим, следует иметь в виду различные стадии правового регулирования[1].

В одной из своих недавних работ Ю. Г. Басин пишет, что «в мировой практике правового регулирования имущественных отношений обычно проводится отграничение сделок как правопорождающих действий, прямо направленных на достижение юридического результата, от оказания бытовых, семейных, домашних услуг или иной помощи близким людям. Обычно такого рода действия и по форме, и по содержанию, и по последствиям совершаются без принудительного государственного вмешательства. Действуют нормы дружеской этики»[2].

В целях дальнейшего совершенствования ГК, Ю. Г. Басин выдвигает следующее предложение: «Для проведения в сфере подобных отношений четких границ желательно введение в текст статьи, определяющей сделку, пункт примерно следующего содержания: «Не призна-

[1] *Иоффе О. С*. Гражданское законодательство Республики Казахстан. Размышления о праве. Научное издание.— Астана: ЗАО «Институт законодательства Республики Казахстан», 2002.— С. 17.

[2] *Басин Ю. Г.* О необходимости концептуальных изменений ГК РК//Гражданское законодательство Республики Казахстан. Выпуск 14 / Под ред. А. Г. Диденко.— Астана: ЗАО «Институт законодательства Республики Казахстан», 2002.— С. 37.

ются сделками действия лиц, связанных родственными, дружескими или иными близкими личными отношениями, направленные на оказание бытовых услуг, иной бытовой помощи либо на совершение совместной бытовой деятельности, если стороны взаимным соглашением не придали таким действиям юридического значения»[1] .

В этой связи считаем необходимым отметить тот факт, что при рассмотрении этого вопроса нередко используются принципы англо-американской системы права. Так, например, позиция М. К. Сулейменова, комментирующего ст. 384 ГК РК, заключается в следующем: «Понятие встречного предоставления широко применяется в англо-американском праве под названием «consideration». Там consideration является существенным условием любого договора. Без consideration договор не будет признан договором, имеющим юридическую силу»[2].

«В англо-американском праве одним из требований, необходимых для признания действительности контракта, служит обязательное встречное предоставление (consideration), которое может сводиться к ответным имущественным действиям, отказу от своих прав или претерпевании потерь,— пишет Ю. Г. Басин.— Владелец имущества может безвозмездно передать его другому лицу, но договор о безвозмездной передаче имущества не будет иметь юридической силы, поскольку отсутствует consideration. Сходные требования к контрактам применяются также во Франции»[3].

Таким образом, в результате системного анализа приведенных суждений представляется возможным сделать вывод о том, что подходы, используемые именно в англо-американском праве, подтолкнули Ю. Г. Басина к вышеприведенному предложению по совершенствованию ГК[4].

В этой связи представляется примечательной позиция А. Г. Диденко, заключающаяся в следующем: «Не говоря уже об ошибочности отож-

---

[1] Там же.— С. 38.

[2] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Комментарий. В двух книгах. Книга 2 / Отв. ред. М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин.— Алматы: «Жеті-Жарғы», 1998.— С. 315–316.

[3] Гражданское право. Том 1. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин.— Алматы: Изд-во КазГЮА, 2000.— С. 66.

[4] Конечно, факт наличия влияния этой правовой системы на современное казахстанское законодательство — не новость, и это отмечается многими авторами (на примере моделей акционерного общества по Закону РК от 10 июля 1998 г., договоров лизинга, доверительного управления имуществом, франчайзинга и т.д.).

дествления consideration с возмездностью (consideration в англо-американском праве охватывает не только предоставление материальных ценностей, услуг и т.п., но и воздержание от совершения каких-либо действий, и отказ от права), методологически исключается любая возможность введения этого понятия в аппарат действующего в республиканском гражданском праве договорного механизма… Некоторые однотипные сделки по континентальному праву подлежат защите, а однотипные в англо-американском праве по мотиву отсутствия встречного удовлетворения — нет. Включение понятия consideration в гражданское право романо-германской правовой системы заставит сломать традиционные и хорошо работающие нормы, нарушит сложившуюся у нас правовую систему»[1].

Вне всяких сомнений, вопрос, вынесенный в заголовок, не является исключительно теоретическим, но касается и правоприменительной практики. В указанной работе Ю. Г. Басина приводится следующий пример: «В судебной алматинской практике было дело о возмещении вреда, причиненного источником повышенной опасности. Вред заключался в том, что гражданин попросил друга отвести домой купленную дорогую вазу. Во время поездки произошла авария, в которой ваза была разбита. Виновник аварии скрылся, а собственник вазы потребовал от друга возмещения ее стоимости. В иске было отказано»[2] .

Нам представляется, что этот пример, все же, не является достаточно категоричной иллюстрацией для проведения более или менее четкого разграничения между рассматриваемыми явлениями. Тем более, что «судебная практика не всегда репрезентативна в отношении тех или иных правовых феноменов»[3].

Так, думается, для гражданина совершенно безразлично, каким образом его ваза (или он сам) будет доставлена до назначения: на автомобиле своего коллеги или такси. Также не будет иметь значения, кто произведет в его квартире ремонт: сосед или профессиональный подрядчик; кто реализует его вещь: товарищ-владелец бутика или комиссионный магазин.

В описанных случаях (и таких примеров можно было бы привести неограниченное количество) важен лишь результат. Поэтому, давая со-

---

[1] *Диденко А. Г.* О познании правовой действительности // Гражданское право: Учеб. пособие / Под ред. А. Г. Диденко.— Алматы: КазГЮУ, 1999.— С. 19–20.

[2] *Басин Ю. Г.* Указ. соч.— С. 37—38.

[3] *Диденко А. Г.* Указ. соч.— С. 11.

гласие на осуществление перевозки, выполнение работ, реализацию вещи и т.п., акцептирующая сторона принимает на себя соответствующие обязанности, что и означает возникновение между лицами правовых, юридических отношений.

Последнее же означает, что при гибели предмета перевозки или причинении вреда здоровью пассажира во время перевозки, возникновении убытков у заказчика и (или) его соседей из-за некачественно выполненных работ, похищении вещи из бутика и т.п. должны наступать соответствующие последствия, с учетом положений гражданского законодательства об ответственности (гл. 20 ГК РК).

Конечно же, и в этом мы согласны с позицией Ю. Г. Басина, нельзя совсем не учитывать известных морально-нравственных аспектов, вызванных наличием дружеских или родственных отношений. Действительно, они могут проявляться, например, в добровольном отказе лица (кредитора) от права на предъявление иска к должнику. Что же касается самой возможности применения правовых норм, а следовательно, и санкций, то мы такой возможности не исключаем.

Заслуживает внимания и подход Кодекса к разрешению этого вопроса. Первое, на что следует обратить внимание,— это традиционное наличие в нем безвозмездных договоров (п. 2 ст. 384 ГК), обеспеченных равной с возмездными договорами правовой защитой. Таковых, собственно, несколько:

— императивно безвозмездные (дарение, ссуда), которые уже в силу своей сущности не могут быть возмездными[1];

— диспозитивно безвозмездные (заем, хранение, поручение, доверительное управление имуществом).

Таким образом, и это первый наш вывод, один лишь факт безвозмездности договора по законодательству РК не дает оснований для отнесения его к действиям «неюридического» характера.

Также считаем, что отнесение названных нами договоров перевозки, подряда, комиссии, согласно положениям ГК, к возмездным, ни

[1] Здесь отметим, что в Комментарии к Общей части Гражданского кодекса РК (см.: Книга 2, С. 316) в этой группе также упоминается беспроцентный заем. На самом деле, договор беспроцентного займа Кодексом не поименован, поэтому говорить о нем как о самостоятельной разновидности договора оснований нет. С тем же успехом можно было бы утверждать о наличии в ГК договоров безвозмездного поручения, безвозмездного хранения и т.д. В этой связи договор займа следует относить как к возмездным, так и безвозмездным.

в коей мере не может влиять на решение вопроса об их статусе «договоров» как таковых, поскольку участники гражданского оборота законодательством наделены правом на отказ от реализации своего права (в наших случаях — от требования на выплату вознаграждения или возмещения убытков).

Проанализируем теперь, насколько близость участников отношений (наличие родственных, дружеских или иных личных связей) может служить основанием деления действий на «юридические» и «неюридические».

Так, ГК РК (Особенная часть) по целому ряду позиций иначе, по сравнению с ГК КазССР 1963 г., подошел к регулированию договора дарения. Появились нормы о возмещении вреда, причиненного жизни, здоровью или имуществу одаряемого (ст. 514), правопреемстве при обещании дарения (ст. 515), как и о самом обещании дарения, что делает его консенсуальным при условии соблюдения письменной формы.

Не являются ли данные положения показателем того, что для ГК, по сути, оказался безразличным факт наличия близких отношений между дарителем и одаряемым? Мы в этом убеждены. В противном случае Кодекс оставил бы разрешение названных ситуаций вне правового регулирования, предоставив сторонам возможность придерживаться лишь морально-нравственных устоев.

Другой пример — договор безвозмездного пользования имуществом, также традиционно заключаемый, как правило, между гражданами, состоящими в близких отношениях[1]. «Договор ссуды широко используется в отношениях между гражданами с целью оказания товарищеской помощи, бытовой услуги…»[2]. «Безвозмездность договора ссуды предполагает особые, как правило, дружеские либо родственные отношения между его сторонами»[3].

---

[1] Пожалуй, лишь в качестве некоторого исключения из этого правила в цивилистической литературе советского периода приводился пример работы библиотек. Однако в настоящее время деятельность и этих субъектов приобрела в большей степени коммерческую направленность (см., напр.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 8 августа 2002 г. № 884 «Об утверждении Правил использования средств от реализации товаров и услуг, предоставляемых государственными библиотеками и государственными музеями-заповедниками»).

[2] Комментарий к Гражданскому кодексу Казахской ССР / Под ред. Ю. Г. Басина, Р. С. Тазутдинова.— Алма-Ата: «Казахстан», 1990.— С. 353.

[3] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) / Под ред. М. К. Сулейменова, Ю. Г. Басина.— С. 210.

Тем не менее, ГК демонстрирует достаточно жесткое его регулирование, налагая на стороны в целом ряде случаев гражданско-правовую ответственность.

Аналогичные суждения можно было бы высказать и применительно к иным видам договоров, предполагающих, хотя бы в определенной степени, фидуциарность отношений между их участниками. Таковы, например, нормы Кодекса о безвозмездных договорах поручения и хранения[1], о совместной деятельности[2] и т.д.

Поэтому в качестве второго вывода отметим, что ГК не делает отличий между имущественными отношениями, возникающими между родственниками, друзьями и т.п., и лицами, в таковых отношениях не состоящими, как и между действиями, направленными на оказание бытовых услуг, иной бытовой помощи, совместную бытовую деятельность, и иными действиями.

Таким образом, подводя общий итог, отметим, что действующее гражданское законодательство РК вопрос об отграничении сделок как правопорождающих юридических фактов от действий морально-нравственного, лично-бытового характера не ставит в зависимость от их возмездности либо безвозмездности, как и от наличия либо отсутствия между сторонами каких-либо родственных, дружеских и подобных отношений личного характера. Предлагаемые же попытки «четкого» разграничения этих отношений на законодательном уровне на самом деле вряд ли приведут к стабильности гражданских правоотношений в целом и, как представляется, рискуют привнести в них известную неопределенность.

---

[1] В этой связи особую актуальность приобретает п. 3 ст. 772 ГК, посвященный форме договора хранения в виде бытовой услуги.

[2] Как известно, Законом РК от 2 марта 1998 г. ст. 228 ГК изложена в новой редакции, позволяющей заключать такого рода договоры не только для достижения общей хозяйственной цели.

ТЕМА: ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО

ПОНЯТИЕ И СУБЪЕКТЫ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА

З. Рашидова

Правоотношения по представительству регламентируются ст. 163–171 ГК; ст. 63, 77, 112 Закона о браке и семье; ст. 58 Закона о нотариате; ст. 58–63 ГПК РК.

Субъекты гражданских правоотношений, как правило, самостоятельно осуществляют или приобретают права и обязанности. Но бывает и так, когда они либо по закону не вправе самостоятельно совершать сделки, либо лишены такой возможности из-за фактических препятствий — таких, как болезнь, пребывание в длительной командировке, отсутствие специальных познаний и т.д. К субъектам, которые по закону не вправе самостоятельно совершать сделки, относятся:

— недееспособные лица, которые вследствие психического заболевания или слабоумия не могут понимать значения своих действий или руководить ими (ст. 26 ГК);

— лица, дееспособность которых ограничена решением суда вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими веществами, ставящие свою семью в тяжелое материальное положение (там же, ст. 27);

— несовершеннолетние лица в возрасте до 18 лет (там же, ст. 22, 23) и т. д.

Для представления и защиты интересов названных выше субъектов и призван служить институт представительства.

Представительство определяется как такое гражданское правоотношение, в силу которого одно лицо, представитель, действуя в пределах предоставленных ему полномочий, осуществляет от имени другого лица, представляемого, или приобретает непосредственно для этого лица гражданские права и обязанности[1].

Для представительства характерен ряд признаков, позволяющих отличить представителя от лиц, действующих в чужих интересах (коммерческие посредники, душеприказчики при наследовании и т. п.), а

---

[1] См. *Иоффе О. С.* Советское гражданское право: Курс лекций: Общая часть. Право собственности. Общее учение об обязательствах.— Л., 1958.— С. 156.

также от лиц, уполномоченных на вступление в переговоры относительно возможных в будущем сделок (там же, п. 4 ст. 163).

Укажем следующие признаки представительства:

1) носителем гражданских прав и обязанностей является одно лицо, но осуществляются они другим (напр., начисленные дивиденды по акциям принадлежат гр-ну А., а получает их по его поручению гр. Б);

2) представитель действует от имени и в интересах представляемого, поэтому права и обязанности возникают непосредственно у представляемого (напр., при заключении договора купли-продажи земельного участка гр-ном С. по поручению гр-на К. право собственности на этот земельный участок возникает у последнего);

3) представитель наделяется определенными полномочиями со стороны представляемого, и только в рамках предоставленных полномочий он вправе совершать сделки и иные юридически значимые действия; этим представитель отличается от лиц, выполняющих или передающих волю другого лица (напр., курьера).

Законодательством установлены некоторые ограничения в применении института представительства.

Так, представитель не может совершать сделки от имени представляемого ни в отношении себя лично, ни в отношении другого лица, представителем которого он одновременно является (п. 3 той же ст.).

Исключением из этого правила является коммерческое представительство. Эта норма, несомненно, верна. Иное противоречило бы природе дву- или многосторонних сделок, т.к. обязательное согласование воли двух или более сторон подменялось бы волею одного лица — представителя[1].

Типичным примером нарушения установленной нормы является оформление органами дорожной полиции свидетельства о регистрации технического средства (автомашины) на имя представителя, действующего от имени представляемого по доверенности. Представляемый, выдавая доверенности на управление и продажу автомашины, в действительности продает ее своему «представителю», получая за нее деньги.

В данном случае выдача доверенности есть «притворная» сделка, на самом деле имеет место купля-продажа автомашины.

Указанная норма запрещает совершать сделки по отчуждению имущества родителями своим несовершеннолетним детям, т. к. родители

[1] Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Казахстан (Общая часть): в 2 кн. / Под ред. М. К. Сулейменова и Ю. Г. Басина.— Алматы, 1998. Кн. 1.— С. 371.

не вправе совершать сделки в отношении несовершеннолетних детей, законными представителями которых они одновременно являются. Подобная ситуация часто встречается на практике и требует своего правового разрешения.

Не допускается совершение через представителя сделки, которая по своему характеру может быть совершена только лично, а также других сделок в случаях, предусмотренных законодательными актами (п. 5 той же ст.).

Напр., вступление в брак, признание отцовства, усыновление, составление завещания и другие действия относятся к разряду сугубо личных прав, называемых не терпящими представительства.

В целях защиты прав и интересов третьего лица закон определяет правовые последствия заключения сделки неуполномоченным лицом.

Сделка, совершенная от имени другого лица лицом, не уполномоченным на совершение сделки, или с превышением полномочия, создает, изменяет и прекращает гражданские права и обязанности для представляемого лишь в случае последующего одобрения им этой сделки. Последующее одобрение представляемым делает сделку действительной с момента ее совершения (там же, ст. 165).

Представитель наделяется определенными полномочиями со стороны представляемого и вправе совершать сделки и иные юридически значимые действия только в рамках предоставленных ему полномочий. Поэтому лицо, действовавшее в интересах другого лица без полномочий либо превысившее их, является лицом неуполномоченным. Следовательно, правовые последствия по заключенной сделке возникают у самого неуполномоченного лица, которое должно исполнять возникшее на ее основе обязательство и нести имущественную ответственность перед третьим лицом за его неисполнение или ненадлежащее исполнение. Однако если сделка, заключенная неуполномоченным лицом, в последующем одобрена представляемым, это создает, изменяет или прекращает для него гражданские права и обязанности по состоявшейся сделке с момента ее совершения (см.: *там же*).

В юридической литературе справедливо подчеркивается, что, если руководитель филиала (представительства) получил доверенность на совершение сделки, не разрешаемой положением о филиале (представительстве), то такая сделка должна быть признана действительной. Руководитель может нести ответственность за нарушение упомянутого положения, но интересы того лица, которое заключило сделку, предус-

мотренную доверенностью, нарушаться не должны. Доверенность, выдаваемая руководителю филиала (представительства), устанавливает как круг возможных сделок, так и круг возможных участников. Отсюда вывод: положение решает только внутренние вопросы филиала (представительства), а доверенность — только внешние[1].

В правоотношениях по представительству участвуют три лица — представляемый, представитель и третье лицо. При этом складываются «внутренние» правоотношения между представляемым с представителем и «внешние» — между представителем и третьим лицом.

Представляемым может являться любое физическое лицо с момента его рождения или юридическое лицо с момента его создания в установленном законом порядке.

Представителем может выступать физическое либо юридическое лицо.

Поскольку представитель совершает сделки и другие юридические действия от имени, в интересах и за счет представляемого, то физическое лицо, принявшее на себя функции представителя, должно обладать гражданской процессуальной дееспособностью в полном объеме (см.: ст. 46 ГПК).

Особо следует остановиться на вопросе, в какой мере в качестве представителей вправе выступать юридические лица. Коммерческие юридические лица, обладающие общей правоспособностью, вправе осуществлять обычное представительство в отношении юридических и физических лиц без ограничений, коммерческое же представительство — с соблюдением правил статьи 166 ГК. В отличие от них, юридические лица, обладающие специальной правоспособностью, могут выполнять функции представителей, только если это не противоречит целям их деятельности, определенным в законе и в учредительных документах (напр., банк в силу ст.8 Указа о банках не может быть представителем в торговой сделке).

Третьим лицом может выступать физическое или юридическое лицо, с которым вступает в правоотношение представитель. Третьими лицами могут быть все лица, обладающие гражданской правосубъектностью.

Возникновение представительства и его виды

Сделка, совершенная одним лицом (представителем) от имени другого лица (представляемого) в силу полномочия, основанного на дове-

[1] *Басин Ю. Г.* Юридические лица по Гражданскому кодексу Республики Казахстан: понятие и общая характеристика.— Алматы, 1996.— С. 36.

ренности, законодательстве, решении суда либо административном акте, непосредственно создает, изменяет и прекращает гражданские права и обязанности представляемого (п. 1 ст. 163 ГК).

Представительство возникает на основании следующих юридических фактов:

1) сделки (напр., выдача доверенности, заключение договора поручения и т.д.);

2) события, с которым законодательство предусматривает наступление отношений по представительству (напр., рождение ребенка, законными представителями которого являются его родители, согласно п. 1 ст. 63 Закона о браке и семье);

3) решения суда, устанавливающего отношения по представительству (напр., усыновление (удочерение) ребенка, согласно п. 1 ст. 77 упомянутого закона; решением суда устанавливаются отношения по представительству между усыновителем и усыновленным);

4) административного акта, устанавливающего отношения по представительству в силу законодательства (напр., руководитель госпредприятия назначается уполномоченным госорганом).

Различают добровольное (договорное) и обязательное (законное) представительство.

Обязательное представительство устанавливается или по прямому предписанию закона, или на основании административного акта, издаваемого в соответствии с законом (напр., полномочия опекуна определены ст. 112 того же закона).

Добровольное представительство возникает на основании соглашения между представляемым и представителем, когда содержание полномочия представителя определено в договоре или доверенности. Иногда при этом виде представительства такие полномочия вытекают и очевидны для окружающих из обстановки, в которой действует представитель (напр., продавец в магазине, кассир на предприятии и т. п.).

Одной из новелл ГК 1994 г. стало введение нового вида представительства — коммерческого, которое является разновидностью добровольного представительства.

Лицо, постоянно и самостоятельно представительствующее от имени предпринимателей при заключении ими договоров (коммерческий представитель), действует на основе письменного договора, содержащего указания на полномочия представителя, а при отсутствии таких указаний также доверенности (п. 1 ст. 166).

Данная конструкция представительства отличается от традиционной тем, что сфера деятельности коммерческого представителя — предпринимательство. Отсюда и особенности правового режима, установленного для этого вида представительства. Во-первых, коммерческий представитель — профессиональный предприниматель, который осуществляет представительство в виде промысла. Во-вторых, правило о том, что представитель не может совершать сделки от имени представляемого ни в отношении себя лично, ни в отношении другого лица, представителем которого он одновременно является (там же, п. 3 ст. 163), на коммерческого представителя не распространяется. В-третьих, коммерческий представитель действует за вознаграждение.

С помощью схемы 1 рассмотрим обязательные условия, установленные статьей 166 ГК для осуществления коммерческого представительства.

Примером коммерческого вида представительства является брокерская деятельность на рынке ценных бумаг, согласно законам — о рынке ценных бумаг и о регистрации сделок с ценными бумагами в РК. Брокеры выступают в качестве представителей своих клиентов на рынке ценных бумаг и заключают сделки с ценными бумагами по поручению, за счет и в интересах клиентов за вознаграждение. Другим примером коммерческого вида представительства может служить деятельность доверительных управляющих, осуществляющих на основании договора управление денежными средствами и иным имуществом от имени и за счет доверителя.

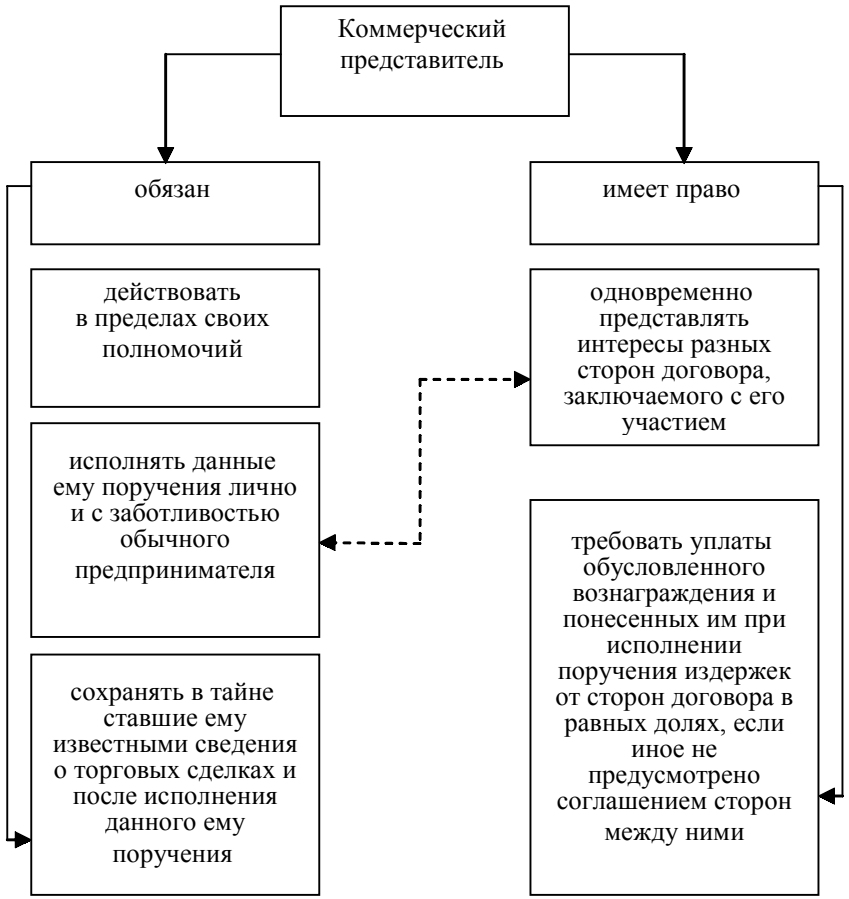
Доверенность как способ оформления представительства. В гражданско-правовом обороте представительство чаще всего основывается на доверенности.

Доверенностью признается письменное уполномочие одного лица (доверителя) для представительства от его имени, выдаваемое им другому лицу (поверенному) (п. 1 ст. 167 ГК).

Доверенность представляет собой документ, фиксирующий полномочия. При использовании доверенности надо различать понятия: уполномочие и полномочия. *Уполномочие* есть наделение представителя правом выступать от имени представителя, *полномочия* — круг юридических действий, которые вправе совершать представитель для представляемого[1]. Поэтому формулировка полномочий в доверенности дол-

[1] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть): Толкование и комментирование / Под ред. А. Г. Диденко.— Алматы, 1997.— Вып. 3.— С. 30.

Схема 1



жна быть очень четкой. Знакомясь с доверенностью, третьи лица, которым она, собственно, и адресуется, узнают, какими полномочиями обладает представитель.

По содержанию и объему полномочий, которыми наделяется представитель, различаются три вида доверенности: общая (генеральная), специальная и разовая.

Разовая доверенность выдается на совершение одного юридического действия (напр., на получение правоустанавливающих документов из регистрирующего органа, получение денежного перевода в почтовом отделении).

Специальная — на совершение юридических действий определенной категории в течение определенного срока (напр., на получение товарно-материальных ценностей в течение 1 года).

Общая — на совершение всех юридических действий, в которых будет возникать необходимость (напр., выдаваемая руководителю филиала юридического лица).

В ряде случаев законодатель предусматривает обязательное требование к содержанию полномочий представителя. Так, ст. 61 ГПК обязывает в доверенностях, выдаваемых на ведение дел в суде, специально предусматривать полномочия представителя, отсутствие которых ограничивает круг его процессуальных действий.

На практике часто встречаются доверенности от имени одного или нескольких лиц на имя одного или нескольких лиц, что предусмотрено пунктом 1 статьи 58 Закона о нотариате (напр., доверенности с множественностью лиц, выступающих в качестве доверителей, на ведение дел в суде, на участие в собрании акционеров и т. п.).

Доверенность относится к односторонним сделкам, поэтому должна соответствовать всем требованиям, предъявляемым к таким сделкам. Любые сделки и иные юридические действия, совершенные представителем в рамках делегированных ему полномочий, носят для представляемого обязательный характер.

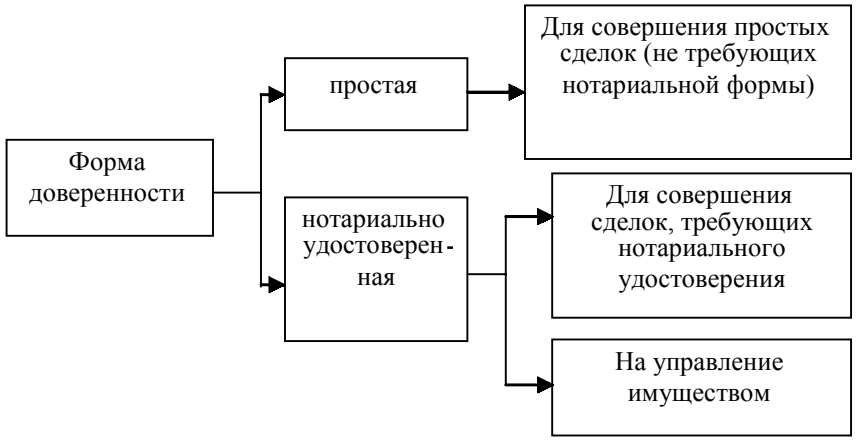
Форма доверенности. Доверенность — важный юридический документ, и гражданское законодательство предъявляет к ее составлению и содержанию определенные формальные требования, обеспечивающие прежде всего интересы третьих лиц[1]. Доверенность может быть совершена только в письменной форме. Это необходимо для того, чтобы зафиксировать тот круг юридических действий, которые вправе совершать представитель от имени представляемого.

Письменная форма доверенности бывает простой и нотариально удостоверенной (см.: схему 2).

Доверенность должна содержать определенные реквизиты: наименование документа: доверенность; место и дату ее выдачи; полное наи-

[1] Гражданское право России: Курс лекций: В 2 ч. / Под ред. О. Н. Садикова.— М., 1996.— Ч. 1.— С. 155.

Схема 2



менование или имя доверителя и поверенного; содержание полномочий; подпись доверителя.

В тех случаях, когда доверитель вследствие физического недостатка, болезни или неграмотности не может собственноручно подписаться, то по его просьбе доверенность может подписать другое физическое лицо с соблюдением правил п. 4 ст. 152 ГК.

В доверенности непременно должна быть указана дата ее совершения, т. е. выдачи. Это обязательное требование, нарушение которого влечет недействительность доверенности. От даты выдачи доверенности необходимо отличать срок ее действия. Закон устанавливает максимальный срок действия доверенности — три года. Если в доверенности не указан срок действия, то она сохраняет силу в течение одного года со дня ее выдачи (ст. 168 ГК). Здесь важно отметить, что Закон о нотариате отменил раннее действовавшее исключение из правила о том, что удостоверенная нотариусом доверенность, предназначенная для действия за границей и не содержащая указания о сроке ее действия, сохраняет силу до ее отмены лицом, выдавшим доверенность. (Данное исключение в ГК РФ сохранено).

В отдельных случаях закон требует, чтобы доверенность была нотариально удостоверена. Так, должна быть нотариально заверена доверенность на управление имуществом и на совершение сделок, требую-

щих нотариального удостоверения, если иное не установлено законодательными актами (п. 2 ст. 167 ГК). (Напр., доверенности на заключение учредительного договора хозяйственного товарищества и акционерного общества, а также на заключение договора о присоединении к учредительному договору товариществ с ограниченной или дополнительной ответственностью требуют нотариального удостоверения).

Исходя из интересов граждан, закон предусматривает перечень доверенностей, заверенных отдельными органами и лицами, приравненных к нотариально удостоверенным.

К нотариально удостоверенным доверенностям приравниваются:

— доверенности военнослужащих и других лиц, находящихся на излечении в госпиталях, санаториях и других военно-лечебных учреждениях, удостоверенные начальниками, заместителями по медицинской части, старшими и дежурными врачами этих госпиталей, санаториев и других военно-лечебных учреждений;

— доверенности военнослужащих, а в пунктах дислокации воинских частей, соединений, учреждений и военно-учебных заведений, где нет государственных нотариальных контор и других органов, совершающих нотариальные действия, также доверенности рабочих и служащих, членов их семей и членов семей военнослужащих, удостоверенные командирами (начальниками) этих частей, соединений, учреждений, заведений;

— доверенности лиц, находящихся в местах лишения свободы, удостоверенные начальниками мест лишения свободы;

— доверенности совершеннолетних дееспособных граждан, находящихся в учреждениях социальной защиты населения, удостоверенные руководителем этого учреждения или соответствующего органа социальной защиты населения (п. 3 ст. 167 ГК).

Доверенность на получение корреспонденции, в том числе денежной и посылочной, на получение заработной платы и иных выплат от граждан и юридических лиц, могут быть удостоверены органами местного управления территории, на которой проживает доверитель, организацией, в которой он работает или учится, жилищно-эксплуатационной организацией по месту жительства, администрацией стационарного лечебного учреждения, в котором он находится на излечении, а также командованием соответствующих воинских частей, когда доверенность выдается военнослужащим. Доверенность, посылаемая по телеграфу, а также по другим видам связи, когда отправку документа осуществляет работник связи, удостоверяется органами связи (п. 4 ст.167 ГК).

Одной из новелл ГК 1994 г. стало положение о предоставлении права подписывать доверенность от имени юридического лица не только руководителю, но и иному лицу, уполномоченному на это учредительными документами. При этом важнейшим из реквизитов доверенности, выдаваемой от имени юридического лица, является скрепление подписи печатью этой организации (п. 6 ст. 167 ГК).

Передоверие

Представитель обязан лично исполнить возложенные на него функции. Закон допускает только следующие случаи перепоручения возложенных на представителя функций другому лицу, т. е. передоверия:

— когда представитель уполномочен на это полученной доверенностью. Имеется в виду первоначальная доверенность, выданная представителю, в которой прямо оговорено право передоверия;

— когда представитель вынужден к этому силою обстоятельства для охраны интересов доверителя и передоверие необходимо для устранения возможного ущерба для доверителя (там же, п.1 ст. 169).

Доверенность, выдаваемая в порядке передоверия, должна быть нотариально удостоверена во всех случаях (исключение составляют доверенности на получение корреспонденции, в том числе денежной и посылочной, на получение заработной платы и иных выплат от граждан и юридических лиц, а также осуществление других действий, предусмотренных п. 4 ст. 167).

Отношения по передоверию являются производными от основных представительских отношений, поэтому закон определяет, что срок действия доверенности, выданной в порядке передоверия, не может превышать срока действия первоначальной доверенности, на основании которой она выдана (п. 3 ст. 169 ГК), и объем полномочий нового представителя не может выходить за рамки полномочий, указанных в первоначальной доверенности. В данном случае проявляется принцип гражданского права: никто не может передать больше прав, чем он сам имеет.

Так, гр-ном С. была выдана доверенность гр-ну И. на продажу или обмен принадлежащей ему квартиры, находящейся в г. Алматы, на квартиру в г. Павлодаре за цену и на условиях по своему усмотрению. Из-за возникших фактических затруднений, а именно длительной командировки, И. перепоручил возложенные на него функции гр-ке А. При этом в доверенности, выданной в порядке передоверия, А. предоставлялось лишь право продажи квартиры. Возникает вопрос, вправе ли И. при передоверии ограничивать рамки предоставленных ему пол-

номочий по первоначальной доверенности? Мы полагаем, что вправе, т. к. в ГК установлено, что объем полномочий нового представителя не может выходить за рамки полномочий, указанных в первоначальной доверенности.

Вместе с тем в ГК не предусмотрены условия, в соответствии с которыми полномочия, вытекающие из передоверия, не могут равняться первоначальным полномочиям или не могут быть меньшими по содержанию.

Поверенный, передавший свои полномочия другому лицу, должен незамедлительно известить об этом доверителя и сообщить ему необходимые сведения об этом лице и его местожительстве (п. 4 ст. 169 ГК). Очевидно, что под необходимыми сведениями следует понимать не только паспортные данные и сведения о местожительстве нового представителя, но и такие, которые характеризовали бы его профессиональные и личностные качества.

В случае невыполнения этой обязанности представитель несет ответственность за действия лица, исполняемые в порядке передоверия, как за свои собственные, а также за наступившие невыгодные последствия передоверия. Поэтому представителю следует проявлять особое внимание и осторожность в выборе такого лица. Своевременно уведомив о передоверии, представитель снимает с себя ответственность за действия нового поверенного.

Прекращение доверенности

Действие доверенности прекращается вследствие:

1) истечения срока доверенности;

2) осуществления действий, предусмотренных доверенностью;

3) отмены доверенности лицом, выдавшим ее;

4) отказа лица, которому выдана доверенность;

5) прекращения юридического лица, от имени которого выдана доверенность;

6) ликвидации юридического лица, на имя которого выдана доверенность;

7) смерти лица, выдавшего доверенность, признания его недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим;

8) смерти гражданина, которому выдана доверенность, признания его недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим (п. 1 ст. 170 ГК).

Доверенность носит срочный характер, поэтому истечение срока ее действия является естественным основанием прекращения доверенности. Совершение представителем возложенных на него функций, предусмотренных доверенностью, также прекращает ее действие.

Выдача доверенности относится к односторонним сделкам, поэтому лицо, выдавшее доверенность, может в любое время отменить доверенность или передоверие, а лицо, которому выдана доверенность, отказаться от нее. Соглашение об отказе от этого права недействительно (п. 2 ст. 170 ГК).

Личный характер доверенности вытекает из существа правоотношения, основанного на взаимном доверии, на предположении честности и личном исполнении возложенных представительских функций. Поэтому прекращение существования одного из участников такого правоотношения безусловно влияет на действие доверенности. По этой причине действие доверенности прекращается вследствие смерти или объявления умершим лица, выдавшего, а равно получившего ее. Признание гражданина недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим также влечет прекращение доверенности (п.п. 7, 8 ст. 170 ГК), т. к. отношения по представительству требуют волевых, целенаправленных, юридически значимых действий не только от своего имени, но и от имени других лиц.

Действие доверенности прекращается и в случае прекращения юридического лица — представляемого, т. е. в отношении юридического лица указанное правило применяется как при его реорганизации, так и при ликвидации. Что же касается юридического лица — представителя, то доверенность прекращается лишь при его ликвидации (п.п. 5, ст. 170 ГК), из чего следует, что реорганизация юридического лица — представителя не влечет прекращения доверенности.

На наш взгляд, эта норма не совсем соответствует доверительному характеру отношений представительства.

В отличие от ГК РК, ГК РФ устанавливает правило о прекращении доверенности в случае прекращения юридического лица, как представителя, так и представляемого.

Последствия прекращения доверенности. Как отмечалось выше, доверенность — сделка, которая носит односторонний характер, поэтому лицо, выдавшее доверенность, может ее отменить. Однако п. 1 ст. 171 ГК РК предусмотрена обязанность лица, выдавшего доверенность, известить об ее отмене лицо, которому выдана доверенность, а также

известных ему третьих лиц, для представительства перед которыми выдана доверенность.

Указанная обязанность лежит и на правопреемниках представляемого (наследников умершего гражданина и правопреемников реорганизованного юридического лица).

Практике известны случаи отмены доверенности в одностороннем порядке без извещения об этом представителя. Это вызывает определенные правовые последствия, а прекращение доверенности в данном случае приобретает силу для представителя с того момента, как он узнал или должен был узнать об этом решении. Поэтому права и обязанности в отношении третьих лиц, возникшие в результате действий представителя до этого момента, сохраняют силу для доверителя и его правопреемников. Следовательно, представляемый обязан исполнить обязательство, возникшее из сделки, совершенной представителем после отмены доверенности. Эти последствия не наступают, если третье лицо знало или должно было знать, что действие доверенности прекратилось.

Поскольку правоотношения по передоверию являются производными от основных, при прекращении основной доверенности теряет силу и доверенность по передоверию.

Законом предусмотрена обязанность представителя или его правопреемника по прекращении доверенности немедленно вернуть доверенность представляемому (п. 3 ст. 171 ГК).

ТЕМА: ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ И ИНЫЕ ВЕЩНЫЕ ПРАВА

ПОНЯТИЕ И СИСТЕМА ВЕЩНОГО ПРАВА

С. Скрябин

В основе рыночного способа производства лежит система закрепленности вещей. Причем вещи закрепляются за субъектами если не на праве собственности, то на таком вещном праве, которое предоставляет его обладателю возможность независимо и на законном основании (титуле) осуществлять воздействие на вещь, извлекать ее полезные свойства и качества в собственном интересе и для своей пользы. В рамках настоящей статьи будет рассмотрено понятие вещного права в двух аспектах: как совокупность правовых норм, регулирующих вещно-правовые отношения, и как субъективное гражданское право.

1. Понятие объективного вещного права.

В системе гражданского права нормы, регулирующие имущественные отношения, традиционно группируются в два крупных раздела: вещное и обязательственное право. В гражданских кодексах континентальной Европы они выделяются в качестве самостоятельных элементов структуры гражданского права. В странах, где гражданское право не кодифицировано, также доктринально проводят различие между вещным и обязательственным правом. В гражданском законодательстве советского периода фактически произошла подмена вещного права правом собственности. Некоторые перемены наметились только после принятия в 1991 г. ОГЗ Союза ССР и республик, раздел 2 которых был назван: «Право собственности. Другие вещные права»[1]. В результате появилось основание для разграничения этих понятий. Подобное название носит и раздел 2 ГК РК 1994 г.: «Право собственности и иные вещные права»[2]. С учетом последних изменений гражданского законодательства Республики Казахстан представляется возможным дать следующее определение объективного вещного права: вещное право пред-

[1] Основы гражданского законодательства Союза ССР // Известия 26.05.1991. № 150.

[2] Гражданский Кодекс Республики Казахстан (Общая часть) от 27 декабря 1994 г. // Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1994 г., № 23-24, с последующими изменениями и дополнениями. Далее в тексте — ГК.

ставляет собой совокупность правовых норм, составляющих подотрасль гражданского права, которые регулируют отношения по поводу присвоения вещей субъектами гражданского оборота. Признаки объективного вещного права:

1. Вещное право составляют нормы, регулирующие вещно-правовые отношения (предмет вещного права как подотрасли гражданского права). Важно отметить несколько обстоятельств: 1) нормы вещного права регулируют определенную группу имущественных отношений, которые входят в предмет отрасли гражданского права и основаны на признании юридического равенства участников (метод гражданского права); 2) вещно-правовые отношения имеют две взаимосвязанные стороны: а) это отношение управомоченного лица к вещи и б) отношение между лицами по поводу вещей. В первом случае это отношение облекается в форму субъективного вещного права, во втором — речь идет об абсолютном характере вещного права[1].

2. Нормы объективного вещного права содержат исчерпывающий перечень субъективных вещных прав. В п. 1 ст. 195 ГК законодателем к вещным правам отнесены: 1) право землепользования; 2) право хозяйственного ведения; 3) право оперативного управления. Кроме того, законодательными актами РК предусмотрены иные, не указанные в ГК, вещные права. В качестве примера можно назвать сервитут, право временного пользования земельным участком, находящимся в частной собственности, право недропользования, залог[2] и др. Важным для понимания сущности и юридической природы субъективных вещных прав является указание п. 2 ст. 195 ГК о том, что к вещным правам применяются нормы о праве собственности, если иное не предусмотрено законодательством и не противоречит природе данного вещного права. Таким образом, современное гражданское законодательство Республики Казахстан не содержит исчерпывающего перечня субъективных вещных прав, он только формируется, и законодательными актами могут быть предусмотрены и иные разновидности вещных прав. Полагаем, что дан-

[1] Подробнее об абсолютном характере гражданского отношения, субъективного гражданского права см., например, Гражданское право. Том 1. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред.: М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин.— Алматы, 2000.— С. 79.

[2] См., соответственно, Закон РК от 24 января 2001 г. № 152-II «О земле»; Указ Президента РК, имеющий силу закона, от 27 января 1996 г. № 2828 «О недрах и недропользовании»; Указ Президента РК, имеющий силу закона, от 23 декабря 1995 г. № 2723 «Об ипотеке недвижимого имущества».

ная ситуация отчасти объясняется неразвитостью теории вещного права в Казахстане, переходным характером действующего законодательства и другими причинами, и формирование действенной системы вещных прав станет возможным только в определенной перспективе.

3. Нормы объективного вещного права фиксируют статику, фундамент всех имущественных отношений. Указанное положение можно проиллюстрировать следующим образом: нормы вещного права выступают основой норм обязательственного права, так как, например, прежде чем передать вещь, лицо должно обладать ею, иметь право на вещь. Поэтому право на вещь, и, соответственно, нормы, закрепляющие это право, выступают первоосновой по отношению к действиям (поведению) управомоченного или обязанного лица, которые регламентированы нормами обязательственного права.

4. Нормы объективного вещного права строятся по определенной теоретической модели, которую можно определить в качестве типового соотношения между главными компонентами, образующими подотрасль вещного права.

В цивилистической литературе речь идет о двух видах теоретической модели объективного вещного права: элементарная модель и собственническая модель[1]. Элементарная модель вещного права основывается на принципе — на вещь может существовать только одно право собственности, все другие права на нее являются правами на чужую вещь, производными от права собственности. Собственническая модель. Принципиальной особенностью этой модели является то, что систему вещных прав составляют не право собственности и группа прав на чужие вещи, а система нескольких субъективных прав собственности, расположенных в иерархическом порядке. При этом особое значение придается характеристике лиц, которым принадлежит то или иное субъективное право собственности[2]. Мы полагаем, что гражданское законодательство Казахстана должно строиться по элементарной модели, так как принадлежность правовой системы Республики Казахстан к континен-

---

[1] Указанные модели сформулированы по аналогии теоретическим моделям права собственности, предложенным А. А. Рубановым. См.: Развитие советского гражданского права на современном этапе/ Н. С. Малеин, В. П. Мозолин и др.— М.: Наука, 1986.— С. 77 и сл.

[2] Подробнее об этом см.*: Кикоть В. А.* Современные тенденции и противоречия о праве собственности в развитых капиталистических странах // Актуальные проблемы современного буржуазного гражданского права.— М., 1983.— С. 41.

тальной у нас не вызывает сомнений. Вследствие этого представляет интерес определение компонентов элементарной теоретической модели объективного вещного права и их соотношение между собой:

1) нормы, определяющие понятие вещных прав в целом и каждое их них в отдельности, т.е. нормы-дефиниции, закрепляющие исходные правовые позиции субъектов вещных прав;

2) нормы, определяющие отдельные будущие отношения управомоченных лиц, связанные с конкретными способами обращения с вещью, т.е. нормы, раскрывающие содержание субъективных вещных прав. Основным принципом для либеральной (рыночной) системы правового регулирования, в том числе и вещно-правовых отношений, является принцип разрешения любого типа поведения, которое бы не входило в противоречие с нормами позитивного права, охраняемыми правами и интересами других лиц[1];

3) нормы, устанавливающие основания и способы приобретения и прекращения вещных прав[2];

4) нормы, закрепляющие пределы, ограничения вещных прав. Указанные ограничения должны иметь рамочный характер. Действия же субъектов вещных прав внутри рамок (не выходящие за пределы, ограничения вещных прав) должны быть свободными;

5) нормы, устанавливающие способы непосредственной защиты вещных прав. В данном случае речь идет о способах защиты, которые могут быть осуществлены самим управомоченным лицом[3].

2. Понятие субъективного вещного права.

В цивилистической литературе определение понятия субъективного вещного права носит дискуссионный характер[4]. По нашему мне-

[1] См., например, понятие злоупотребление права в п. 5 ст. 8 ГК РК.

[2] Данный вопрос требует специального рассмотрения и выходит за рамки настоящей статьи. Подробнее, например, о способах приобретения права собственности, см.: *Скрябин С. В.* Право собственности в Республики Казахстан: Сравнительно-правовой комментарий книги Уго Маттеи «Основные принципы права собственности».— Алматы: Дайк-Пресс, 2000.— С. 173–214.

[3] Глава 15 ГК РК.

[4] См., напр., *Щенникова Л. В.* Вещные права в гражданском праве России.— М.: Изд. БЕК, 1996.— С. 15–17; *Сулейменов М. К.* Право недропользования как вещное право./Актуальные вопросы коммерческого законодательства в Республике Казахстан и практика его применения. Правовое регулирование недропользования: Материалы семинара. Научный руководитель семинара и составитель сборника И. Г. Архипов.— Алматы, 1997.— С. 7; Вещные права в Республике Казахстан / Отв. ред. М. К. Сулейменов.— Алматы: «Жеты-Жарғы», 1999.— С. 16–25.

нию, субъективное вещное право следует определить как юридически обеспеченную возможность субъекта права осуществлять господство, власть над принадлежащей ему вещью в пределах, насколько это не ограничено законом и правами других лиц. Признаки субъективного вещного права:

1. Субъективное вещное право — это отношение управомоченного субъекта к индивидуально-определенной вещи. Другими словами, это отношение, в котором между управомоченным лицом и вещью существует определенная юридическая (правовая) связь, пользующаяся признанием других членов данного общества. Обладатель вещного права получает возможность непосредственно воздействовать на вещь, извлекать ее полезные свойства и качества, в отличие от обязательственного права, где воздействие на вещь возможно только через содействие обязанного лица, т.е. посредством действий других лиц (опосредованный характер).

2. Вещное право имеет абсолютный характер. Абсолютный характер вещных прав заключается в том, что управомоченное лицо может противопоставить принадлежащее ему вещное право любому другому субъективному праву на ту же вещь, и имеет возможность защиты и принудительного осуществления своего права против всех и каждого.

3. Для вещных прав характерно следование за вещью. Другими словами, пока существует вещь, существует и соответствующее вещное право на нее, где бы и в чьих бы руках она не находилась[1].

4. Для вещных прав характерна исключительность. Управомоченное лицо может, с помощью определенных юридических средств (непосредственные способы защиты вещных прав и другие), отстранить любое другое лицо от хозяйственного воздействия на принадлежащую ему вещь.

5. Вещное право имеет преимущество перед другими субъективными правами на вещь, и, прежде всего, перед обязательственными правами. Преимущество в данном случае означает, что при конкуренции субъективных прав на вещь предпочтение и возможность для принудительного осуществления и защиты, получает вещное право.

6. Вещное право это есть власть, господство лица над вещью. Данный признак является ключевым и, соответственно, требует особо-

[1] Данное положение является своего рода общим правилом, которое знает и исключения. Например, действие на вещные права различных видов давностных сроков (исковая, приобретательная и др.).

го рассмотрения. При определении субъективного вещного права понимание власти, господства лица над вещью, безусловно, имеет только хозяйственное значение[1], которым и определяется юридическая сущность субъективного вещного права. Последнее означает возможность управомоченного лица на совершение в отношении вещи любых действий, которые не запрещены законом и не затрагивают права и интересы других субъектов. Власть, господство лица над вещью означает возможность самостоятельного, независимого, автономного осуществления своего субъективного права. Причем ее нельзя сводить только к одной власти собственника, как обладателя вещного права, а следует рассматривать в качестве общего признака, характеризующего отношение владельца вещного права к объекту обладания — вещи. В данном случае важен не объем власти конкретного обладателя вещного права, а сам факт ее существования.

7. Власть обладателя вещного права может быть ограничена только законом и правами других лиц. Данный признак представляется весьма существенным, так как для четкого определения объема власти обладателя вещного права необходимо существенным образом изменить и дополнить нормативные положения о пределах, ограничениях вещного права. По нашему мнению, подобные ограничения должны содержаться только в законах. Ограничения вещного права подзаконными нормативными правовыми актами не допустимо и в соответствии с п. 1 ст. 267 ГК является неправомерным вмешательством органов государства в вещно-правовые отношения. Ограничение объема власти обладателя вещного права существованием другого заключается, во-первых, в предоставлении законом возможности каждому управомоченному лицу осуществить свое право на вещь независимо от других и, во-вторых, в необходимости считаться с правами других лиц на ту же вещь. Кроме того, представляется целесообразным законодательно установить положение, что на вещь могут существовать только те вещные права, которые указаны в законе.

3. Система субъективных вещных прав.

Если анализировать название раздела 2 ГК РК «Право собственности и иные вещные права», то можно предположить, что законодателем подразумевается структуризация субъективных вещных прав на

[1] Содержание термина «хозяйственное господство» — см.: *Исаев И. А.* «Евразийская» концепция собственности (из истории правового солидаризма) // Собственность: право и свобода.— М., 1992.— С. 33.

определенные виды. В ст. 195 ГК дается перечень субъективных вещных прав. «К вещным правам наряду с правом собственности относятся: 1) право землепользования; 2) право хозяйственного ведения; 3) право оперативного управления; 4) другие вещные права». Четкая структура субъективных вещных прав в содержании этого раздела отсутствует, хотя в этом есть как теоретическая, так и практическая необходимость. Как уже отмечалось, перечень вещных прав должен быть исчерпывающим, каждое вещное право должно быть отражено в соответствующих статьях гражданского кодекса. В ГК перечень вещных прав является примерным и может быть произвольно расширен, что не допустимо. Вопросы классификации субъективных вещных прав в цивилистической литературе являются дискуссионными[1].

Мы полагаем необходимым использование классификации, построенной на отношении управомоченного лица к принадлежащей вещи. В этом случае можно выделить следующие виды вещных прав: а) вещное право, характеризующее отношение к вещи как к своей (право собственности); б) вещные права, свидетельствующие об отношении к чужой вещи (вещные права на чужую вещь). При этом отношение лица к вещи основывается на двух критериях: а) субъективном — лицо считает принадлежащую вещь своей, и б) объективном — отношение лица к вещи основывается на определенных способах приобретения вещного права, которые предусмотрены действующим законодательством. Субъективное (волевое) отношение лица к объекту своего обладания может не совпадать с объективным критерием оценки подобного отношения. Например, лицо считает, что вещь принадлежит ему (субъективный момент), но юридически существует право другого лица на ту же вещь или же право лица еще не получило признание существующим правопорядком (объективный критерий). Подобное отношение называется фактическим состоянием принадлежности, присвоенности материальных благ и юридически определяется как владение. Это состояние можно рассматривать в качестве переходного состояния вещного права из одной категории в другую и наоборот, а также состояния способного, при наличии известных условий, произвести субъективное вещное право (приобретательная давность).

[1] Некоторые точки зрения см.: *Леонова Г. Б.* Категория вещных прав в советском гражданском праве // Вестник МГУ. Серия II. Право, № 5, 1991. С. 75–79; *Щенникова Л. В.* Указ. сочинение.— С. 19; *Энекцерус Л.* Курс германского гражданского права / Пер. с нем. И. А. Граве и др. Под ред. Д. М. Генкина и И. Б. Новицкого.— М., 1949, Т. I, полутом I.— С. 264, 267 и др.

По нашему мнению, приведенная классификация вещных прав является наиболее верной, и именно в этой последовательности будут рассмотрены основные теоретические конструкции отдельных видов субъективных вещных прав. В дальнейшем мы остановимся только на основных параметрах субъективных вещных прав, составляющих конструкцию каждого из них, которыми будут выступать следующие компоненты: а) определение, б) содержание и в) ограничения субъективных вещных прав.

4. Юридическая конструкция права собственности.

Мы полагаем, что наиболее точное сущность права собственности, как субъективного вещного права выражает определение, данное в ст. 16 проекта Гражданского уложения Российской империи[1] . Его можно использовать с одним уточнением, которое касается объекта соответствующего права. Более правильно, на наш взгляд, рассматривать право собственности как право на вещь, а не на имущество, которое выступает родовым (общим) понятием по отношению к вещи, так как в его состав могут быть включены, помимо вещей, различные права и обязанности, работа, услуги и так далее (п. 2 ст. 115 ГК). В уточненном виде это определение будет выглядеть следующим образом. Право собственности есть право полного и исключительного господства лица над вещью, поскольку это право не ограничено законом и правами других лиц. Основные признаки права собственности[2]:

1) абсолютный характер права собственности. Два аспекта абсолютности права собственности: а) возможность собственника, опираясь на закон, отстранить всех третьих лиц от хозяйственного господства над принадлежащей ему вещью; б) неограниченность права собственности во времени — бессрочность. Другими словами, данное право действует до тех пор, пока существует какая-либо вещь;

2) вещный характер права собственности. Право собственности прямо указывает на принадлежность индивидуально-определенной вещи какому-либо субъекту. Кроме того, указанное определение исключает распространение норм о собственности на другие отношения, где объек-

[1] Ст. 16 проекта Гражданского уложения, книга 3 «Вотчинное право».— СПб, 1902.— С. 52.

[2] В данном случае следует указать на то, что право собственности, является вещным правом и, соответственно, обладает всеми признаками, которые характерны для определения субъективного вещного права. Поэтому специально на них мы останавливаться не будем.

том выступает не вещь, а иные виды имущества (имущественные права, результаты творческой деятельности и иные объекты);

3) право собственности является наиболее полным правом лица на вещь, которое допускает действующий правопорядок. В данном случае хозяйственное использование имущества, принадлежащего на праве собственности, основано на принципе — разрешено все, что прямо не запрещено законом. При этом право собственности должно предполагатся свободным от всяких ограничений, за исключением прямо установленных законом случаев.

Компонентом юридической конструкции права собственности выступает содержание этого субъективного права. Современное легальное определение содержания права собственности имеет двойственный характер. С одной стороны, п. 2 ст. 188 ГК определяет содержание субъективного права собственности посредством триады правомочий: владения, пользования и распоряжения. С другой стороны, п. 3 этой же статьи собственнику предоставлена возможность совершать в отношении принадлежащей вещи любые действия, но установлены пределы использования собственником принадлежащего ему права в виде охраняемых законом прав и интересов других субъектов права (п. 4 ст. 188 ГК). Мы полагаем необходимым наличие только общего указания в законе на то, что собственник может реализовать свое право собственности по своему усмотрению посредством владения, пользования, распоряжения и иным образом. Здесь можно согласиться с мнением К. И. Скловского о том, что в случае указания в законе перечня правомочий собственника масса энергии будет тратиться на бессмысленную борьбу с ним, когда конкретные явления жизни нужно будет то подводить, то выводить из триады или иного перечня[1]. Таким образом, если осуществление субъективного права собственности не противоречит закону, не наносит ущерба охраняемым правам и интересам других лиц, то собственник имеет право на эти действия. Факт подобного нарушения должен быть доказан и установлен в особом, как правило, процессуальном порядке. Во всех остальных случаях действия собственника предполагаются правомерными.

Третий компонент модели субъективного права собственности, его ограничения, практически не разработаны в цивилистической литерату-

---

[1] *Скловский К. И.* Собственность в гражданском праве. Ставрополь: Южно-Русское коммерческо-издательское товарищество, 1994.— С. 49.

ре[1]. В гражданском законодательстве Казахстана есть те или иные положения, которые не выделяются отдельно, а рассматриваются в контексте других тем (например, осуществление права собственности). Имеются также отдельные положения о пределах осуществления субъективных гражданских прав вообще, (например, пределы существования субъективного права во времени, осуществление права не должно нарушать права и интересы других лиц, осуществление права в соответствии с его назначением и другие (ст. 10 ГК). Все это имеет только косвенное отношение к вопросу об ограничениях права собственности.

Мы предлагаем следующее определение ограничений субъективного права собственности — это пределы осуществления субъективного права собственности на индивидуально-определенную вещь, основанные на запретах, которые установлены позитивным правом, или же связаны с правами других лиц на ту же вещь. Признаки ограничений права собственности: 1) имеют законный характер, т.е. вытекают непосредственно из закона, а не установлены самим собственником, так как нельзя ограничить самого себя, ибо каждое такое ограничение есть осуществление субъективного права — права собственности; 2) при устранении ограничения объем права собственности расширяется, т.е. эластичность права собственности — способность его освобождаться от ограничений, восстанавливаясь в первоначальном виде; 3) ограничения есть предел в осуществлении права собственности; 4) ограничения, в большинстве случаев, касаются недвижимого имущества.

Виды ограничений права собственности. Прежде всего сюда относятся законодательные положения, по существу являющиеся ограничениями права собственности, хотя и не названы таковыми: 1) положение п. 2 ст. 6 Конституции РК 1995 г.: «собственность обязывает, пользование ею должно одновременно служить общественному благу»; 2) ряд положений ГК: а) правило о недопустимости при осуществлении права собственности нарушения прав и охраняемых законом интересов других лиц (отдельно — злоупотребление монопольным и иным доминирующим положением на рынке (п. 4 ст. 188)); б) ограничения, которые названы в ГК обязанностями собственника, по предотвращению ущерба здоровью граждан и окружающей среде (ч. 2 п. 4 ст. 188); в) ограничения права собственности в связи с правами других лиц на вещь (п. 6 ст.188); г) М. К. Сулейменов называет в качестве ограниче-

[1] Здесь можно указать только работу В. П. Грибанова. См.: *Грибанов В. П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав.— М., 1972.

ний положения о бремени содержания имущества и риске случайной гибели (ст. 189 и 190)[1] ; 3) ограничения права собственности, содержащиеся в других законодательных актах. Например, целевое использование земельного участка, соблюдение различных правил о мелиорации земель, предоставление сервитутов и т.п.

На наш взгляд, деление ограничений права собственности на виды зависит от следующих обстоятельств: а) вещи, правового режима, который установлен для нее, т.е. происходит влияние объекта на право собственности, его содержание и пределы; б) наличия (отсутствия) других субъективных гражданских прав на ту же вещь. Другими словами, ограничениями выступают интересы других лиц относительно вещи[2]; в) от общественного (публичного) интереса к вещи.

5. Юридические конструкции вещных прав на чужую вещь.

Для теоретической классификации вещных прав на чужую вещь нам представляется возможным использовать в качестве *основаной цели, которую преследует собственник и другое лицо при учреждении соответствующего права.* Таких целей может быть две:

1. Извлечение из вещи полезных свойств. При этом конструкция этих прав может: 1) предоставить обладателю вещного права на чужую вещь возможность воздействовать на вещь только определенным образом (права ограниченного пользования вещью — права сервитутного типа); 2) предоставить достаточно широкие возможности своему обладателю по использованию чужой вещи;

2. Интерес управомоченного лица относительно меновой стоимости (ценности) вещи. Эту группу составляют залоговые права (ипотека и заклад) — права обеспечительного типа.

5.1. Конструкции вещных прав, имеющих целью извлечение из вещи ее полезных свойств и качеств.

Вещные права этой группы подразделяются на два вида: а) права ограниченного пользования вещью (права сервитутного типа) и б) права, предоставляющие широкую возможность пользование вещью. Принципиальным отличием, влияющим на юридическую конструкцию вещ-

---

[1] *Сулейменов М. К.* Право собственности по новому гражданскому законодательству // Актуальные вопросы коммерческого законодательства в Республике Казахстан и практика его применения. Материалы семинаров. Том I.— Алматы, 1996.— С. 21.

[2] Например, право землепользования ограничивает права собственника земельного участка и т.п.

ных прав этой группы, является объем власти управомоченного лица относительно вещи.

Вещные права сервитутного типа представляют собой права на ограниченное пользование чужой вещью. Зачастую в качестве сервитута определяют и ограничение права собственности, и обременение, и обязанную недвижимость, и право частичного господства, и право на чужую вещь. Еще в римском праве было выработано правило о том, что «никому не служит собственная вещь», т.е. не может быть сервитута на свою вещь[1]. По нашему мнению, значение сервитута должно быть определено только в качестве вещного права на чужую вещь.

Вещные права сервитутного типа представляют собой права на ограниченное пользование чужой вещью. Содержанием сервитутных прав будет выступать возможность совершения определенных действий (например, проход, проезд, выполнение определенных работ и т.п.). Существует возможность классифицировать права сервитутного типа на определенные виды. Например, положительные — то есть допущение к определенному действию относительно вещи; реальные — права связанные с пользованием конкретной вещью (например, выгоды одного недвижимого имущества перед другим); личные — предоставляемые только конкретному субъекту права, тем самым а) исключается их переход к третьим лицам, б) действующие, как правило, в течение жизни управомоченного лица.

На наш взгляд, не следует относить к правам сервитутного типа т.е. требования, которые направлены к обладателям вещного права, запрещающие некоторые виды использования вещи. Например, требования к собственнику служебного участка воздерживаться от определенных видов его использования (не ограничивать доступ воды, света, воздуха и пр.). Это связано с тем, что воздержание от действий не составляет содержание сервитутного права, а выступает ограничением вещного права. Как правило, требования воздержания от определенных действий связаны с отношениями соседних земельных участков или других недвижимых вещей. Последние составляют содержание так называемого соседского права, нормы которого, по нашему мнению, представляют собой преимущественно легальные ограничения права собственности или других вещных прав.

Ограничения вещных прав сервитутного типа должны быть подчинены следующему принципу: обладателю сервитутного права допуска-

[1] *Щенникова Л. В.* Указ. сочинение.— С. 39.

ется совершать только те действия, которые прямо разрешены законом или же установлены договором об установлении сервитута. Таким образом, все то, что не входит в содержание сервитутного права, делать запрещено. Выход за указанные рамки следует квалифицировать как нарушение прав других управомоченных лиц, что может повлечь меры юридической ответственности. Таким образом, содержание сервитута должно носить описательный характер, с указанием конкретных действий, которые управомоченное лицо вправе совершить в отношении определенной вещи.

Вещные права, предоставляющие широкую возможность по использованию вещи, построены по иной конструкции. Существование таких прав может существенным образом ограничивать права собственника относительно вещи. Нам представляется, что их количество должно быть минимальным. Термином, способным охватить эти права в целом, может выступить «вещное право пользования», которое можно определить как право по использованию вещи, принадлежащей на праве собственности другому лицу, имеющее целью извлечение и присвоение управомоченным лицом произведений вещи. Признаки вещных прав пользования:

1) вещное право пользования является производным от права собственности, т.е. собственник, по своей воле, делится принадлежащими ему правомочиями по извлечению полезных свойств и качеств вещи с другим лицом, который получает самостоятельное субъективное право в отношении вещи;

2) данные права выступают существенным ограничением права собственности. Права этой группы составляют «выдел» соответствующих властных правомочий собственника, который лишается соответствующий возможностей воздействия на вещь в пользу обладателя вещного права пользования;

3) пользование вещью может иметь возмездный или же безвозмездный характер. Нам представляется, что это должно зависеть от воли собственника. Вознаграждение (плата) за пользование вещью может иметь либо единовременный (разовый) характер, либо представлять собой повременные платежи (рента). В законодательстве следует установить правило о том, что невыплата вознаграждения не имеет в качестве своего последствия прекращения вещного права, а может только лишь выступать основанием для обращения собственника к публичным органам о принудительном взыскании соответствующей платы;

4) продолжительный срок существования вещного права пользования. Этот срок определяется либо жизнью конкретного лица (личное право пользования), либо быть продолжительностью не менее срока, указанного в законе (например, не менее 10 лет). Может быть также определена верхняя граница соответствующего права. Определение конкретного срока вещного права пользования, с учетом сказанного, можно оставить на усмотрение сторон, при его учреждении;

5) произведения вещи (плоды, доходы и прочее), полученные в результате осуществления права пользования, являются собственностью обладателя вещного права пользования. Данное правило имеет диспозитивный характер и стороны, при учреждении права пользования, могут заключить соглашение о разделе произведений вещи. Причем та часть, которая передается собственнику, предполагается платой за использование вещи;

6) объектом вещного права пользования могут быть только непотребляемые вещи как недвижимые, так и движимые. Данный признак основывается на том, что потребляемая вещь не может существовать продолжительное время и, следовательно, пользование ею становится невозможным;

7) пределы вещных прав пользования следует конструировать по следующему принципу: управомоченное лицо может воздействовать на вещь, извлекая ее полезные свойства, любым образом, не изменяя при этом сущность и хозяйственное назначение вещи.

Содержанием вещного права пользования будут выступать все те действия, которые мог бы совершить сам собственник, при соответствующем использовании вещи. При этом возникает вопрос об отграничении вещного права пользования, во-первых, от соответствующего правомочия собственника и, во-вторых, от имущественного найма как разновидности обязательства.

В первом случае можно выделить следующие особенности вещного права пользования: 1) собственник использует вещь своей властью, обладатель же вещного права пользования — властью, которую он получил от собственника, т.е. вещное право пользования имеет производный характер; 2) пределы осуществления правомочия пользования собственника ограничены только прямыми запретами закона. Осуществление права пользования вещью ограничено, помимо закона, волей самого собственника. Другими словами, объем власти обладателя вещ-

ного права пользования более ограничен. Он не может, в отличие от собственника, изменить сущность вещи; 3) правомочие пользования не исчерпывает содержание субъективного права собственности, и оно может быть реализовано посредством других действий собственника. Конструкция же вещного права пользования заключается в извлечении полезных свойств и качеств вещей. Все другие возможные действия обладателя вещного права пользования подчинены именно этой цели.

Отличия вещного права пользования от найма вещей следует искать как в особенностях конструкции каждого субъективного права, так и в отношениях, порожденных ими. Таковыми выступают: 1) основание соответствующего права. Наем в качестве своего основания имеет договор, порождающий обязательственное отношение. Вещное право пользования может возникнуть как на основании договора, так и по другим основаниям, которые предусмотрены законодательством для вещных прав (например, истечение приобретательной давности и др.); 2) объектом найма является действие обязанного лица, которым преимущественно, но не всегда, выступает собственник. Вещное же право пользования непосредственно направлено на вещь; 3) содержание найма заключается в комплексе взаимных прав и обязанностей, что делает структуру этого отношения сложной. К тому же, стороны могут посредством договора самостоятельно определить взаимные права и обязанности, ограничиваясь при этом только предписаниями императивных норм законодательства (принцип свободы договора п. 1 ст. 2 ГК РК). Содержание вещного права пользования определяется нормами о соответствующем вещном праве, и стороны не вправе самостоятельно определить его содержание. Кроме того, Д. И. Мейер, разграничивая наем от права на чужую вещь, указывает, что отчуждение имущества от одного лица другому выступает основанием, прекращающим данное обязательственное право. Если же использование вещи осуществляется на вещном праве, на вещь налагается запрещение, и ее отчуждение не может иметь своим последствием прекращение пользования вещью[1]. Вместе с тем, п. 1 ст. 559 ГК установлено правило о том, что переход права собственности на сданное в аренду имущество к другому лицу не является основанием для изменения или расторжения дого-

[1] *Мейер Д. И.* Русское гражданское право (в 2-х частях. Часть 2). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902.— М., 1997. С. 270–271.

вора. Наличие подобного правила дает основание некоторым цивилистам утверждать, что «едва ли не большинство гражданских правоотношений является смешанными — «вещно-обязательственными»[1].

Ограничения вещного права пользования могут касаться следующих моментов: 1) указание закона о том, что объектом соответствующего права могут выступать только непотребляемые вещи; 2) использование вещей не должно привести к необратимым сущностным ее изменениям, которые связаны с ее ухудшением, или с угрозой уничтожения, или же с возможной утратой вещью каких-либо полезных качеств. Подобные ограничения могут, в виде общих правил, содержаться в гражданском законодательстве, а могут быть также, более предметно, предусмотрены в акте об учреждении вещного права пользования.

Мы полагаем, что конструкцию вещного права пользования можно применить к таким видам субъективных гражданских прав, как хозяйственное ведение, оперативное управление, землепользование, недропользование и др., т.к. эти права, и подобные им, легко вписываются в предлагаемую нами юридическую конструкцию вещного права пользования.

5.2. Конструкция вещных прав обеспечительного типа (залоговые права)

Главной особенностью вещных прав данного вида выступает цель, которая заключается в извлечении из вещи ее определенной меновой стоимости. Интерес обладателя вещного права в данном случае обеспечивается ценностью той или иной вещи, которая выступает объектом вещных прав данного вида. На этом же и будет основываться определение вещных прав указанной группы. Вещные права обеспечительного типа представляют собой преимущественное право лица получить удовлетворение из стоимости вещи. Признаки вещных прав обеспечительного типа:

1) интерес управомоченного лица направлен на меновую ценность вещи;

2) содержание права вещного обеспечения заключается в получении известной стоимости вещи, при ее реализации третьим лицам. Нам представляется, что объем требования, его размер, должен быть фиксирован. Любое его увеличение должно быть специально оговорено между

[1] Подобное мнение высказывает М. И. Брагинский. Подробнее см.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В*. Договорное право: Общие положения.— М., 1997.— С. 223 и сл.

сторонами, и закон должен содержать императивные правила относительно этого. Подобное утверждение основывается на необходимости привлечения финансовых ресурсов в сферу вещно-правовых отношений. Как правильно замечал И. А. Покровский, целью существования залоговых прав является организация сотрудничества между собственностью, прежде всего, и капиталом. При этом существует опасность, которая заключается в том, что собственника (обладателя иного вещного права) может задавить соответствующее денежное бремя. Соответственно, автором предлагается ограничить залоговую свободу собственника известной долей ценности, которой обладает вещь (например, не более 3/4 ее стоимости)[1]. Сказанное, по нашему мнению, составляет основное содержание данного права;

3) любое использование вещи, при нахождении ее у обладателя права вещного обеспечения а) должно быть предоставлено на основании акта об учреждении этого права, и, б) полученные выгоды должны быть обращены на покрытие основного долга;

4) следует установить в гражданском законодательстве запрет на обращение вещи в собственность обладателем права вещного обеспечения. В противном случае, по нашему мнению, произойдет изменение сущности прав данного вида, их правовой природы, и фактически речь может идти о существовании т.н. вещных прав на приобретение вещи;

5) основанием вещных прав обеспечительного типа является либо непосредственное указание закона, либо акт об учреждении соответствующего права (договор).

Владение вещью для вещных прав обеспечительного типа имеет значение, например, при классификации вещных прав этой группы. Следует отметить, что обязательным признаком вещных прав удержания выступает фактическое нахождение вещи во владении лица. В противном случае права удержания не возникает, и управомоченное лицо может только предъявить притязание, вытекающее из его обязательственно-правовых отношений с должником, которому принадлежит соответствующая вещь. Кроме того, фактическое обладание вещью выступает основанием, способным разграничить договорные права вещного обеспечения (заклад и ипотека): для заклада характерно владение вещью, для ипотеки же владение вещью не является обязательным. Данная специфика обусловлена предметом каждого из указанных ви-

---

[1]См.: *Покровский И. А.* Указ. сочинение.— С. 209–211.

дов прав. Ипотека имеет своим предметом недвижимые вещи. Заклад — предназначен для движимых вещей. Необязательность владения для недвижимых вещей и, наоборот, обязательность для движимых можно объяснить также тем, что право на недвижимость легко доказать при существовании государственной регистрации прав на недвижимость. Для движимых вещей, за редким исключением, регистрация не предусмотрена, и, как правило, в гражданских кодексах существует презумпция, согласно которой фактический владелец движимой вещи признается ее собственником. Таким образом, для того, чтобы обеспечить возможность удовлетворения интереса управомоченного лица, который, как мы отмечали, связан со стоимостью вещи, и возникает необходимость фактического обладания вещью кредитором. Поэтому владение вещью составляет необходимый элемент содержания заклада и права удержания и не является обязательным для ипотеки. Вместе с тем, целесообразно предусмотреть для ипотекодержателя возможность контроля над состоянием вещи, которая находится у собственника или обладателя другого вещного права. Последнее также может быть объяснено тем, что интерес ипотекодержателя связан со стоимостью вещи, а в случае ухудшения ее состояния, изменения качественных характеристик возникает опасность снижения стоимости вещи и, следовательно, нарушения права вещного обеспечения. Поэтому следует предусмотреть в законе правомочие ипотекодержателя на осуществление контроля над использованием вещи. В случае ухудшения состояния можно предусмотреть правила, во-первых, предоставляющие возможность передачи предмета ипотеки во владение ипотекодержателя или другого лица, или же, во-вторых, возможность досрочного обращения взыскания на предмет ипотеки.

Предлагаемая нами система вещных прав позволяет решить целый ряд проблем: 1) определить критерии классификации для различных видов системности, с помощью которых подчеркивается наиболее важный элемент юридической конструкции каждого вида субъективного вещного права; 2) с помощью оснований классификации можно рассматривать виды вещных прав без указания на субъект (правообладателя), избегая при этом и указания на объект соответствующего права, следовательно, они имеют универсальный характер; 3) перечень субъективных вещных прав будет исчерпывающим. В этом случае: а) в качестве вещных прав рассматриваются только те права, которые непосредственно указаны в законе, и б) исключается возможность произвольно-

го наполнения содержания каждого из указанного вида вещных прав; 3) указанный перечень вещных прав характерен, с теми или иными особенностями, для всех кодификаций гражданского законодательства континентальной правовой системы. Таким образом, система вещные права состоит из: 1) право собственности; 2) вещные права на чужую вещь: а) права, имеющие целью использование вещи, ее полезных свойств и качеств, б) права, направленные на получение известной ценности из вещи.

ТЕМА: ГОСУДАРСТВЕННАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

ПРАВОВОЙ РЕЖИМ ГОСУДАРСТВЕННОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Е. Нестерова

Нами будут рассмотрены вопросы о видах государственной собственности, правомочиях государственных органов по распоряжению ею и порядке перевода государственного имущества из одного вида собственности в другой.

До 1991 г. государственная собственность подчинялась единому правовому режиму. В соответствии со ст. 87 Гражданского кодекса КазССР от 28 декабря 1963 г. государство являлось единым собственником всего государственного имущества. В связи с начавшимся процессом приватизации потребовалось определить компетенцию государственных органов по вопросам распоряжения объектами государственной собственности и установить их полномочия в этой области. Для этого было необходимо разграничить государственную собственность, закрепив ее на трех уровнях: союзном, республиканском и коммунальном. Впервые эта проблема была затронута в постановлении Верховного Совета Казахской ССР от 16 февраля 1991 г. «Об основных направлениях разгосударствления и приватизации государственной собственности в Казахской ССР», в соответствии с которым ряду государственных органов предписывалось разработать Программу разгосударствления и приватизации собственности Казахской ССР на 1991 год, в которой предписывалось предусмотреть принципы разграничения объектов государственной собственности на союзную, республиканскую и коммунальную. Однако этим актом государственная собственность разделена не была. Разделение государственной собственности произошло только после принятия ГК РК 27 декабря 1994 г. ГК РК (ст. 192) установил, что государственная собственность выступает в виде республиканской и коммунальной собственности. Это положение было конкретизировано рядом постановлений Правительства РК, в соответствии с которыми было произведено разделение государственной собственности на республиканскую и коммунальную в отдельных административно-территориальных единицах. В постановлении Правительства РК от 5 февраля 1997 г. № 157 «О перечне объектов коммунальной собственности»

акимам областей и города Алматы рекомендовалось утвердить перечни объектов коммунальной собственности, разработанные Государственным комитетом РК по управлению государственным имуществом совместно с акимами областей и г. Алматы. Такие перечни были утверждены каждой областью.

В отношении государственной собственности в г. Алматы действует постановление Правительства РК от 9 ноября 1998 г. № 1141 «О видах государственной собственности в отношении организаций и объектов, расположенных на территории г. Алматы» (с последующими изменениями) (далее — постановление № 1141).

Таким образом, до 1997 г. в законодательстве РК отсутствовало четкое разделение государственной собственности на республиканскую и коммунальную, следовательно, не была разграничена и компетенция государственных органов по распоряжению государственной собственностью. Это явилось основанием возникновения большого количества имущественных споров между государственными органами, а также государственными органами и частными лицами.

Республиканская собственность

В соответствии с п. 2. ст. 192 ГК РК республиканская собственность состоит из государственной казны и имущества, закрепленного за государственными республиканскими юридическими лицами в соответствии с законодательными актами.

Постановлением № 1141 утверждены перечни объектов (с указанием местонахождения), передаваемых в коммунальную собственность г. Алматы, хозяйственных товариществ и акционерных обществ, государственные доли и пакеты акций которых передаются в коммунальную собственность г. Алматы, организаций, объектов государственного нежилого фонда, остающихся в государственной республиканской собственности, хозяйственных товариществ и акционерных обществ, государственные доли и пакеты акций которых находятся в государственной республиканской собственности.

Так как в указанном нормативном правовом акте установлен правовой статус лишь недвижимого имущества, государственных долей в хозяйственных товариществах и пакетов акций акционерных обществ, то на практике возникла проблема отнесения движимого имущества к республиканской или коммунальной государственной собственности.

В частности, такой вопрос встал в связи с рассмотрением судами конкретного дела. Прокурор г. Алматы в интересах Агентства РК по

управлению земельными ресурсами предъявил иск к КГП «Алматыжеркадастр» об истребовании из незаконного владения движимого имущества (автотранспортных средств, оргтехники, компьютерного оборудования и программ, мебели и т.д.)[1]. Требование было основано на том, что решением акима г. Алматы было создано КГП «Алматыжеркадастр», но без достаточных правовых оснований за предприятием было закреплено спорное движимое имущество, принадлежавшее хозрасчетному кадастровому бюро при Алма-Атинском городском комитете по земельным отношениям и землеустройству, которое было ликвидировано, а его имущество было передано в аренду ТОО «Алматыгеокарт». В результате передачи указанного имущества коммунальному предприятию якобы были нарушены имущественные права Агентства РК по управлению земельными ресурсами как владельца здания, отнесенного к объектам республиканской государственной собственности[2]. Таким образом, суд распространил правовой статус здания, в отношении которого спор отсутствовал, на движимое имущество, находившееся в данном здании и являвшееся предметом спора. Сделав необоснованный вывод, что движимое имущество также как и здание относится к республиканской собственности, акимат не имел права ими распоряжаться, суд не установил, было ли данное имущество в установленном законодательством порядке включено в состав республиканской собственности и закреплялось ли спорное имущество за Агентством РК по управлению земельными ресурсами.

Думается, что такое решение в определенной степени вызвано несовершенством действующего законодательства, содержащего пробел в отношении объектов движимого имущества, относящихся к государственной собственности.

Следующей проблемой правового режима республиканской государственной собственности является разграничение объектов республиканской собственности в приватизированных жилых домах и объектов кондоминиума.

П. 647 «Перечня объектов, остающихся в государственной республиканской собственности», утв. постановлением № 1 141 устанав-

---

[1]См.: определение судебной коллегии по хозяйственным делам Верховного суда Республики Казахстан. Гражданское законодательство РК. Статьи. Комментарии. Практика /Под ред. А. Г. Диденко. Выпуск 12.— С. 139–145.

[2]См.: Постановление Правительства РК от 26 июля 2000 г. N 1 129 «О здании по адресу: город Алматы, улица Манаса, 32а».

ливает, что все государственные встроенные помещения в приватизированных жилых домах г. Алматы отнесены к объектам республиканской собственности. В соответствии с постановлением Правительства РК № 1241 от 8 августа 1997 г. и постановлением Правительства РК № 1332 от 12 сентября 1997 г. нежилые помещения в жилых домах (за исключением частей дома, которые в соответствии со ст. 31 Закона Республики Казахстан «О жилищных отношениях» принадлежат собственникам помещений на праве общей собственности) являются государственной собственностью и подлежат приватизации в соответствии с действующим законодательством. На основании Положения об Алматинском городском территориальном комитете государственного имущества и приватизации Министерства финансов РК № 398 от 18 декабря 1997 г. территориальный комитет осуществляет полномочия по владению, пользованию и распоряжению государственной собственностью на территории г. Алматы.

Таким образом, следует четко разграничить нежилые помещения в приватизированных домах, относящиеся к государственной республиканской собственности, находящиеся в ведении территориального комитета по госимуществу и приватизации, и объекты кондоминиума, которыми управляют кооперативы собственников помещений (квартир). В Законе «О жилищных отношениях» дается следующее определение нежилых помещений: отдельное помещение, используемое для иных, чем постоянное проживание, целей (магазин, кафе, мастерская, контора и тому подобное), за исключением частей жилого дома (жилого здания), являющихся общим имуществом. Исходя из этого определения, на практике достаточно сложно разграничить объекты кондоминиума и нежилые помещения, находящиеся в республиканской собственности.

Так, между территориальным комитетом государственного имущества и приватизации г. Алматы и потребительским кооперативом собственников квартир «Поколение» возник спор по поводу встроенного нежилого помещения, которое было зарегистрировано в качестве объекта кондоминиума за кооперативом собственников квартир[310] . Истец — территориальный комитет государственного имущества и приватизации г. Алматы предъявил требования о признании государственной регистрации указанного объекта недействительной и о выселении ПКСК «Поко-

[1]См.: решение Алматинского городского суда. Гражданское законодательство РК. Статьи. Комментарии. Практика /Под ред. А. Г. Диденко. Выпуск 12.— С. 170–174.

ление» из встроенного нежилого помещения. Суд, рассматривавший дело, решил, что ПКСК «Поколение» незаконно занимает встроенное нежилое помещение. Суд отнес указанный объект к нежилым помещениям, руководствуясь заключением Департамента архитектуры и градостроительства г. Алматы, согласно которому спорные нежилые помещения имеют капитальное ограждение от основных помещений жилого дома, элеваторный и водомерный узлы, электрощит расположены вне спорных помещений и имеют самостоятельный вход. Однако данное заключение вряд ли можно было использовать в качестве доказательства принадлежности спорного объекта к государственному нежилому помещению, так как в законодательстве не содержится таких критериев отнесения объектов к государственным нежилым помещениям. Так как нежилые помещения в приватизированных домах, как правило, используются территоральным комитетом госимущества и приватизации в целях сдачи их в аренду мелким предпринимателям под кафе, магазины, мастерские, офисы, парикмахерские и т.п., и это затрагивает интересы жильцов таких домов, то следует более четко законодательно установить, какие помещения относятся к нежилым. Иначе может быть допущено неправомерное ущемление интересов собственников помещений (квартир) жилого дома.

Кроме того, от объектов кондоминиума и нежилых помещений следует отличать объекты гражданской обороны, расположенные в приватизированных многоквартирных жилых домах.

Рассматривая дело по иску КСК «Желтоксан-101» к ТОО «Тумен» и департаменту по управлению коммунальной собственностью г. Алматы о взыскании долга и признании договора аренды недействительным и по встречному исковому заявлению теркома г. Алматы госимущества и приватизации к Центру по регистрации недвижимости г. Алматы, АО «Волковгеология» и КСК «Желтоксан-101» о признании частично недействительными акта приема-передачи жилого фонда и свидетельства о государственной регистрации недвижимости, суд верно установил принадлежность спорного помещения к объектам гражданской обороны[1]. Суд установил, что спорное подвальное помещение состоит из двух частей: из подвала, в котором находятся кладовые помещения жильцов этого дома (т.е. объекта кондоминиума) и защитного соору-

[1] См.: определение судебной коллегии по хозяйственным делам Верховного Суда РК. Гражданское законодательство РК. Статьи. Комментарии. Практика /Под ред. А. Г. Диденко. Выпуск 12.— С. 145–148.

жения (противорадиационного укрытия). Принадлежность спорного помещения к защитному сооружению подтверждается паспортом убежища, где отражены его основные параметры (усиленные перекрытия, бронированные двери, специальное воздухоочистительное оборудование с отдельным входом и запасным выходом). Данное помещение состоит на учете в районном отделе по чрезвычайным ситуациям, как защитное сооружение гражданской обороны. В соответствии со ст. 26 Закона РК «О гражданской обороне» к объектам гражданской обороны относятся противорадиационные укрытия, которые находятся в государственной собственности и приватизации не подлежат. На основании этого суд признал незаконной передачу спорного помещения КСК «Желтоксан-101», а также свидетельство о госрегистрации указанного объекта, так как эти акты нарушали права собственника — территориального комитета госимущества и приватизации г. Алматы.

Важным элементом состава республиканской собственности является интеллектуальная собственность. В ст. 125 ГК РК интеллектуальная собственность определяется как исключительное право гражданина или юридического лица на результаты интеллектуальной творческой деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, продукции физического или юридического лица, выполняемых ими работ или услуг (фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания и т. п.). Если исходить из буквального толкования данной статьи, то Республика Казахстан не может быть обладателем интеллектуальной собственности, а ее результаты не могут быть включены в состав государственной казны. Однако необходимо учитывать, что результаты интеллектуальной собственности могут создаваться на имущественной базе другого лица, государственной или иной коммерческой организации. Без приборов, оборудования и т. п. автор не смог бы решить ту или иную техническую задачу, создать интеллектуальную собственность. А эти приборы, оборудование и т. п. могут находиться в государственной собственности.

В условиях социализма предусматривались случаи, когда государство выступало в качестве обладателя интеллектуальной собственности. Так, ст. 495 ГК КазССР предусматривалось, что «в случае реорганизации организации принадлежащее ей авторское право переходит к ее правопреемнику, а в случае ликвидации — к государству»; ч. 2 ст. 496 ГК КазССР устанавливалось, что «всякое произведение, в отношении которого истек срок действия авторского права, может быть объявлено

достоянием государства постановлением Совета Министров Казахской ССР, которым устанавливаются условия и порядок издания, публичного исполнения или иного воспроизведения произведения»; в соответствии со ст. 497 ГК КазССР «авторское право на издание, публичное исполнение и иное использование произведения может быть принудительно выкуплено государством у автора или его наследников по особому в каждом отдельном случае постановлению Совета Министров Казахской ССР». Отметим, что в Российской Федерации в соответствии с постановлением Совета Министров — Правительства РФ «О первоочередных мерах по обеспечению государственных научных центров Российской Федерации» от 25 декабря 1993 г. «результаты исследований и разработок, выполняемых научными центрами за счет бюджетных ассигнований, являются федеральной собственностью»[1]. В РК подобная норма отсутствует, и это обстоятельство следует учитывать при приватизации государственных научно-производственных объединений, научно-исследовательских институтов и других объектов, имеющих интеллектуальную собственность.

В собственности Республики Казахстан находятся весомые пакеты акций хозяйствующих субъектов, многие из которых относятся к числу наиболее крупных и наиболее значимых для экономики предприятий. Однако влияние государства на данные акционерные общества, степень прозрачности, открытости и подконтрольности их деятельности не всегда отвечают интересам развития страны и общества в целом.

Причина сложившегося положения во многом заключается в несовершенстве правовых механизмов управления акциями, находящимися в государственной собственности.

В целях повышения эффективности управления акциями акционерных обществ в Республике Казахстан разработан проект закона «Об управлении находящимися в республиканской собственности акциями акционерных обществ». Указанный законопроект, к сожалению, не содержит четкого определения термина «управление»[2], однако в качестве

---

[1] *Андреев В. К.* Правовые проблемы распоряжения и управления федеральной собственностью // Государство и право. № 4. 1999 г. стр. 43–52.

[2] В соответствии с п. 2 ст. 1 Проекта Закона РК «Об управлении находящимися в республиканской собственности акциями акционерных обществ» под управлением акциями понимается «совокупность действий, совершаемых от имени Республики Казахстан в отношении акций для достижения целей, определенных настоящим законом».

способов управления акциями называются, в частности, передача акций в коммунальную собственность, передача акций в залог, отчуждение акций в собственность граждан и юридических лиц и т. д. (ст. 5 проекта). Следовательно, под управлением законодатель понимает, в том числе, и правомочие по распоряжению акциями.

Не менее актуальной представляется проблема повышения эффективности управления акциями, находящимися в коммунальной собственности. Однако в названном законопроекте этот вопрос остается без ответа. Так как порядок управления государственными пакетами акций, находящимися как в республиканской собственности, так и коммунальной, должен быть единообразным, наиболее верным представляется распространить нормы законопроекта и на объекты коммунальной собственности (изменив его наименование), а также установить соответствующие уполномоченные на управление государственными пакетами акций органы (в отношении республиканской собственности — Правительство, в отношении коммунальной собственности — аким.) и четко определить их компетенцию.

Коммунальная собственность

Коммунальная собственность состоит из местной казны и имущества, закрепленного за коммунальными юридическими лицами в соответствии с законодательными актами. Средства местного бюджета и иное коммунальное имущество, не закрепленное за государственными юридическими лицами, составляют местную казну.

На сегодняшний день отсутствует законодательное деление коммунальной собственности на областную, районную (городскую) и сельскую (сельского округа), в то время как собственность, наряду с бюджетом является основой деятельности всех уровней государственного управления. Поэтому, мы полагаем, должно быть проведено разграничение не только между республиканской и коммунальной государственной собственностью, но и внутри коммунальной собственности по уровням местного государственного управления.

Местные представительные и исполнительные органы (маслихат, аким, акимат, территориальные органы исполнительной власти) в рамках их компетенции, установленной законодательными актами, положениями или иными актами, определяющими статус этих органов, могут от имени административно-территориальной единицы своими действиями приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права и обязанности[1].

[1] См. ст. 112 ГК РК.

По вопросу разграничения компетенции между территориальными органами исполнительной власти, местными представительными и исполнительными органами в казахстанском законодательстве содержится ряд противоречивых норм. Это приводит к возникновению большого количества имущественных споров по поводу порядка распоряжения объектами коммунальной собственности.

В соответствии с действующим законодательством, акиму предоставлено право управлять коммунальной собственностью. Отсюда возникает вопрос, что понимать под правом акима управлять коммунальной собственностью, и означает ли это, что аким управомочен распоряжаться имуществом, закрепленным за административно-территориальной единицей? Суды, как правило, не включают полномочие по распоряжению коммунальной собственностью в компетенцию акимов.

Так, по иску прокурора Северо-Казахстанской области, действовавшего в интересах маслихата, суд признал недействительными кредитный и ипотечный договоры, заключенные между акимом г. Петропавловска, индивидуальным предпринимателем и банком и, соответственно, признал недействительным договор купли-продажи заложенного объекта (автоучкомбината), находившегося в коммунальной собственности[1]. Суд нашел, что законодательными актами не предусмотрено право акима распоряжаться коммунальной собственностью, выставляя ее в качестве залогового имущества по обязательствам третьих лиц, и что аким г. Петропавловска, подписав ипотечный договор, превысил полномочия, предоставленные ему Законом. Выводы суда были основаны на следующих положениях законодательства.

Во-первых, маслихаты — собрания депутатов призваны выражать и реализовывать волю населения соответствующей административно-территориальной единицы с учетом общегосударственных интересов (ст. 1 Закона РК «О местных представительных и исполнительных органах РК» от 10 декабря 1993 г.[2]). Взаимоотношения маслихата — собрания

[1]См.: определение судебной коллегии по хозяйственным делам Северо-Казахстанского областного суда. Гражданское законодательство РК. Статьи. Комментарии. Практика /Под ред. А. Г. Диденко. Выпуск 12.— С. 198–202

[2] Указанный Закон РК «О местных представительных и исполнительных органах РК» от 10 декабря 1993 г. действовал на момент возникновения настоящего спора, ныне действует Закон РК «О местном государственном управлении в РК» от 23 января 2001 г. Однако до сих пор остается загадкой, действует ли прежний закон, так как с введением нового закона, прежний не был отменен. Разрешение указанной проблемы о разграничении компетенции местных представительных и исполнительных органов в Законе «О местном государственном управлении в РК» от 23 января 2001 г. также отсутствует.

депутатов и местной администрации строятся на основе принципа разделения их функций и самостоятельного осуществления ими собственных полномочий, подконтрольности местной администрации маслихату (ст. 4 Закона РК «О местных представительных и исполнительных органах РК» от 10 декабря 1993 г.). Таким образом, по мнению суда, акиму требовалось обязательное разрешение маслихата на заключение ипотечного договора.

Во-вторых, местным исполнительным органам запрещается выдавать гарантии, поручительства, принимать на себя обязательства за третьих лиц (п. 6 ст. 18 Закона РК «О бюджетной системе» от 1 апреля 1999 г.).

И, в-третьих, глава администрации осуществляет управление собственностью административно-территориальной единицы (ч. 1 ст. 42 Закона РК «О местных представительных и исполнительных органах РК» от 10 декабря 1993 г.), но не распоряжение, как посчитал суд.

С решением и соответствующими доводами суда трудно согласиться по следующим основаниям.

Во-первых, подконтрольность местной администрации (акимата, возглавляемого акимом) маслихату, на наш взгляд, следует рассматривать как конкретное полномочие маслихата, которое упоминается в ст. 40 Закона «О местных представительных и исполнительных органах РК» от 10 декабря 1993 г., а именно, заслушивание отчетов главы областной, районной, городской администрации, а также уполномоченных им заместителей главы администрации, руководителей органов местной администрации по вопросам, отнесенным настоящим Законом к компетенции маслихата — собрания депутатов. Заметим, что в новом Законе «О местном государственном управлении в РК» от 23 января 2001 г. вообще не содержится такой нормы. Таким образом, нигде законодательно не закреплена обязанность акима получать разрешение маслихата на распоряжение объектами коммунальной собственности.

Во-вторых, согласно п. 6 ст. 18 Закона РК «О бюджетной системе» от 1 апреля 1999 г. местным исполнительным органам запрещается выдавать гарантии, поручительства, принимать на себя обязательства за третьих лиц. Однако, в соответствии со ст. 5 Закона РК «О государственной поддержке малого предпринимательства» от 19 июня 1997 г., основными направлениями государственной поддержки малого предпринимательства является наряду с иными мероприятиями также при-

нятие специальных программ кредитования субъектов малого предпринимательства с определением финансовых источников. В целях исполнения указанного Закона акимами административно-территориальных единиц республики были разработаны различные программы и локальные нормативные акты[1], в соответствии с которыми установлен порядок оформления кредитов под залог коммунальной собственности.

В-третьих, согласно ст. 42 Закона РК «О местных представительных и исполнительных органах РК» от 10 декабря 1993 г. глава администрации осуществляет управление собственностью административно-территориальной единицы, принимает решения о ссудах, займах и других долгосрочных обязательствах; подписывает договоры, юридические и банковские документы. В соответствии со ст. 43 указанного Закона аким образует, реорганизует и ликвидирует предприятия, организации и учреждения, находящиеся в собственности административно-территориальных единиц, то есть определяет судьбу коммунальных юридических лиц, и, соответственно, обладает полномочиями по распоряжению имуществом этих юридических лиц. И наоборот, ст. 40 названного Закона не предоставляет каких-либо полномочий в этой связи представительным органам государственной власти.

Анализ решения суда и позиций сторон по данному делу, выявил проблему, решение которой является весьма неоднозначным по нормам казахстанского законодательства. А именно, что понимается под «правом акимата управлять коммунальной собственностью», и означает ли это, что аким управомочен распоряжаться имуществом, закрепленным за административно-территориальной единицей на праве собственности. Не дает ответа на этот вопрос и новый Закон РК «О местном государственном управлении в РК» от 23 января 2001 г., где дается следующее определение местного государственного управления: «деятельность, осуществляемая местными представительными и исполнительными органами в целях проведения государственной политики на соответствующей территории, ее развития в пределах компетенции, определенной настоящим Законом и другими законодательными актами, а также являющимися ответственными за состояние дел на соответствующей территории». Органом, осуществляющим местное государствен-

[1] См., например, решение акима Жамбылской области от 19 июня 1998 г. «О залоговом фонде»; положение акима Северо-Казахстанской области от 22 января 1998 г. «Об использовании коммунальной собственности под залоговое обеспечение для кредитного финансирования субъектов малого предпринимательства».

ное управление в пределах своей компетенции на соответствующей территории, является местный исполнительный орган, то есть, аким. Пп. 2 п. 1 ст. 27 указанного Закона предусматривает, что районный (города областного значения) акимат управляет районной (города областного значения) коммунальной собственностью, осуществляет меры по ее защите. Таким образом, остается неясным, вправе ли местный исполнительный орган в рамках предоставленной ему компетенции по управлению коммунальной собственностью, осуществлять распоряжение этими объектами.

Понятие «управление государственной собственностью» содержится в Концепции управления государственным имуществом и приватизации в Республике Казахстан, одобренной постановлением Правительства РК от 21 июля 2000 г. № 095, где под управлением государственной собственностью понимается «совокупность отношений, связанных с использованием всех видов государственного имущества в целях:

— увеличения доходов республиканского и местных бюджетов за счет неналоговых поступлений от использования государственного имущества;

— оптимизации структуры государственной собственности;

— вовлечения государственной собственности в процесс совершенствования управления;

— использования государственной собственности в качестве инструмента для привлечения инвестиций в экономику;

— улучшения финансово-экономических показателей государственных предприятий путем улучшения управления». Однако сведение содержания термина «управление» только лишь к правомочию пользования представляется неверным.

В научной литературе по рассматриваемому вопросу высказывается следующая, всецело разделяемая нами позиция: «Важнейшей задачей правового, в том числе гражданско-правового регулирования, остается организация управления публичным имуществом в новых, изменившихся социально-экономических условиях. Управление имуществом в данном случае не следует рассматривать, как особое правомочие публичного собственника. В гражданско-правовом смысле собственник и здесь лишь реализует свои правомочия владения, пользования и

распоряжения. Иначе говоря, управление является только одной из форм осуществления права собственности»[1] .

Анализ норм казахстанского законодательства позволяет утверждать, что и оно не подразумевает «управление» как категорию, исключающую право распоряжения соответствующими объектами. В соответствии с п. 2 ст. 3 Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу Закона, «О государственном предприятии» от 19 июня 1995 г. органом государственного управления коммунальными государственными предприятиями является акимат соответствующей административно-территориальной единицы либо уполномоченный акимом исполнительный орган, финансируемый из местного бюджета. Совершение в отношении республиканского государственного предприятия сделок (залога, аренды и других), где предприятие выступает в качестве единого имущественного комплекса, производится по решению Правительства Республики Казахстан, а в отношении коммунального предприятия — по решению местного исполнительного органа[2].

Вопрос о содержании понятия «управление собственностью» неоднократно поднимался уже, в том числе и при определении компетенции Правительства РК по управлению государственной собственностью, когда Конституционный Совет РК вынес следующее определение: «подпункт 4) статьи 66 Конституции Республики Казахстан следует понимать таким образом, что юридическое содержание нормы «организует управление государственной собственностью» означает наделение Правительства Республики полномочиями владеть, пользоваться и распоряжаться государственной собственностью в пределах, установленных законодательными актами»[3].

Таким образом, следует вывод, что упомянутую позицию Конституционного Совета РК необходимо рассматривать более широко. И по

---

[1] *Суханов Е. А.* Проблемы правового регулирования отношений публичной собственности и новый гражданский кодекс // Гражданский кодекс России. Сборник памяти С. А. Хохлова.— М., 1998.— С. 215, 216; *Диденко А. Г.* Обеспечение исполнения договоров.— Астана, 2002.— С. 122, 123; *Климкин С. И.* Юридические лица по законодательству Республики Казахстан. Общие положения.— Алматы, 2001.— С. 50.

[2] П. 3 ст. 12 Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу Закона, «О государственном предприятии» от 19 июня 1995 г.

[3] См. Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 17 марта 1999 года N 4/2 «Об официальном толковании подпункта 4) статьи 66 Конституции Республики Казахстан».

вопросу разграничения компетенции между местными представительными и исполнительными органами представляется наиболее верным применить аналогию с указанным постановлением Конституционного Совета РК и официально закрепить за акиматами право распоряжения имуществом административно-территориальных единиц.

Детальный анализ казахстанского законодательства и научных разработок по поводу права акимов распоряжаться коммунальной собственностью позволяет сделать однозначный вывод: в полномочия акима по управлению коммунальной собственностью входит правомочие по распоряжению объектами, закрепленными за административно-территориальной единицей.

В целях увеличения эффективности государственного управления необходимо, прежде всего, исключить дублирование функций между центральными и местными органами государственного управления. Решить эту проблему надо за счет передачи центром функций и полномочий, а также ответственности в решении большинства вопросов территориального развития местному уровню государственного управления[1] .

Перевод государственного имущества из одного вида собственности в другой

Передача государственного имущества из одного вида в другой (из республиканской в коммунальную или из коммунальной в республиканскую) в соответствии с п. 6 ст. 192 ГК РК осуществляется в порядке, определяемом Правительством РК[2]. Так, например, постановлением Правительства РК от 3 декабря 1997 г. № 1677 «О мерах по эффективному использованию служебных зданий и сооружений в г. Алматы, находящихся на балансе высших и центральных государственных органов, подлежащих передислокации в г. Акмолу» указанные здания и сооружения переданы в коммунальную собственность г. Алматы; в постановлении Правительства РК от 25 июня 1999 г. № 858 «О здании по адресу: город Алматы, улица Толе би, 59» акиму г. Алматы рекомендуется передать указанное здание в коммунальную собственность Алматинской области; постановлением Правительства РК от 16 июля 1999 г. № 988 передан государственный пакет акций открытого акционерного

[1] *Бурлаков Л.* Вертикаль, ведущая вниз // Юридическая газета. № 28. 2002 г.

[2] Данная норма была включена в ГК РК Законом РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам государственного имущества» от 21 мая 2002 г. До этого момента указанный вопрос оставался законодательно не урегулированным.

общества «Акмоласельмаш» в коммунальную собственность города Астаны; постановлением Правительства РК от 28 января 2000 г. № 138 передан Государственный научно-исследовательский и проектный институт нефтяной промышленности в коммунальную собственность Мангистауской области; постановлением Правительства РК от 26 июля 2000 г. № 1129 «О здании по адресу: город Алматы, улица Манаса, 32 а» указанное здание передано в республиканскую собственность и т. п.

Однако из-за отсутствия в РК нормативного правового акта, устанавливающего единообразную процедуру передачи объектов государственной собственности из одного вида в другой, на практике возникают имущественные споры. Так, из материалов дела по иску ПКСК «30 квартир» к Алматинскому городскому территориальному комитету по госимуществу и приватизации усматривается, что Алматинский терком по госимуществу и приватизации своим постановлением от 30 ноября 1998 г. «О передаче в коммунальную собственность г. Алматы объектов недвижимости и государственного пакета акций акционерных обществ» передал акиму г. Алматы в коммунальную собственность с правом владения, пользования и распоряжения объекты недвижимости согласно Приложению № 1. Так как в данном случае передача произошла только на основании акта теркома, то возникает вопрос, в каких случаях для передачи государственного имущества из одного вида собственности в другой необходимо издание постановления Правительства, а в каких достаточно постановления территориального комитета по госимуществу и приватизации?

Рассматривая другое дело по иску Бокеева и Нор к ТОО «Изумруд», суд установил, что здание телеателье (г. Каскелен) передано на баланс Карасайского районного акимата (т.е. в коммунальную собственность) на основании постановления Алматинского областного территориального комитета по госимуществу и приватизации. При этом здание было передано с баланса АО «Ауыл Жолдары» на баланс Каскеленского городского акимата с возложением обязанности на акимат определить порядок дальнейшего использования принимаемого на баланс помещения. Представляется не верным то, что решение по этому вопросу было принято территориальным комитетом по госимуществу, а не уполномоченным органом акционерного общества, так как указанное имущество находилось не в государственной, а в частной собственности АО «Ауыл Жолдары».

Из материалов дела по иску РГП «Карагандаводхоз» к акиму Карагандинской области усматривается, что аким Жезказганской области своим решением передал Жезказганское ХРСУ «Сельхозводоснабжение» на баланс Жезказганского областного комитета по водным ресурсам. Между тем, ХРСУ «Сельхозводоснабжение» входило в состав Республиканского комитета по водным ресурсам и, соответственно, являлось объектом республиканской собственности. Таким образом, аким не имел полномочий на принятие решения о передаче указанного объекта.

Таким образом, в Республике Казахстан необходимо законодательно регламентировать процедуру перевода имущества из одного вида государственной собственности в другой.

Анализ действующего законодательства и судебных споров о правовом режиме государственной собственности позволяет утверждать, что в РК отсутствует нормативный правовой акт, устанавливающий общие принципы разделения государственной собственности на республиканскую и коммунальную. Нет законодательного деления коммунальной собственности на областную, районную (городскую) и сельскую (сельского округа). В законодательстве не установлена определенная общая процедура передачи имущества из одного вида государственной собственности в другой. И, наконец, в законодательстве РК не достаточно четко определена компетенция государственных органов по распоряжению коммунальной собственностью. Правовой режим коммунальной собственности как разновидности государственной, на наш взгляд, не совсем оправдан. Не смотря на то, что коммунальная собственность отнесена к ведению административно-территориальной единицы, на практике возникают споры между центральными и местными государственными органами по вопросам распоряжения ею. В РФ собственность административно-территориальных образований составляет муниципальную собственность, которая не относится к разновидности государственной, и субъектами которой выступают городские и сельские поселения, а также другие муниципальные образования. И такое решение является правильным.

Однако данная проблема связана с вопросом о местном управлении, а именно о соотношении институтов местного самоуправления с органами государственной власти. Одни ученые отстаивают мнение, что «местные» органы должны входить в систему государственных органов, быть подконтрольными и подотчетными государству, другие же считают, что эти органы должны быть независимыми и структурно обо-

собленными от государственного аппарата, т.е. в буквальном смысле являться органами самоуправления[1].

Сегодня признание на государственном уровне местного самоуправления рассматривается в качестве одной из основ любого демократического строя[2].

В соответствии со ст. 89 Конституции РК «В Республике Казахстан признается местное самоуправление… Порядок организации и деятельности органов местного самоуправления определяется самими гражданами в пределах, установленных законом». Закон «О местном самоуправлении» в Казахстане до сих пор не принят, а названная норма Конституции РК по-прежнему остается лишь декларативной. Правительство уже четыре раза вносило законы о местном самоуправлении в Парламент, а затем их отзывало. Каждый раз вносимые проекты менялись, менялись подходы к статусу и компетенции местных представительных и исполнительных органов и органов самоуправления[3]. В соответствии с последним проектом Закона Республики Казахстан «О местном самоуправлении в Республике Казахстан»[4] «местное самоуправление осуществляется населением местных сообществ. Местные сообщества являются юридическими лицами». Что же касается порядка наделения местных сообществ имуществом, то в соответствии со ст. 15 законопроекта «…государство в течение года со дня введения настоящего Закона в действие передает местному сообществу в лице его органов в собственность коммунальное имущество в порядке и размерах, определяемых Правительством РК». Таким образом, в случае принятия указанного законопроекта и становления в Казахстане системы местного самоуправления помимо коммунального имущества возникнет собственность местных органов самоуправления в виде собственности юридических лиц — местных сообществ.

В сложившейся ситуации в целях повышения эффективности управления коммунальной собственностью в Республике Казахстан представляется наиболее верным закрепить правомочия по владению, пользованию и распоряжению ею за местными исполнительными органами

---

[1] *Андреева Е. М.* Становление права муниципальной собственности в Российской федерации //Государство и право. № 3. 2001. стр. 31–37.

[2] См.: Преамбула к Европейской хартии о местном самоуправлении от 15 октября 1985 г.

[3] *Бурлаков Л.* Вертикаль, ведущая вниз // Юридическая газета. № 28. 2002 г.

[4] Внесен на рассмотрение Мажилиса Парламента РК от 08.08.2000 г. № 1 216

(акимами). При этом необходимо определить общие принципы деления собственности на республиканскую и коммунальную, а также законодательно установить процедуру передачи имущества из одного вида собственности в другой.

ТЕМА: ЗАЩИТА ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

НЕГАТОРНЫЙ ИСК

Т. Киреева, С. Климкин

Нарушение права собственности не всегда бывает связано с лишением собственника владения принадлежащей ему вещью. Такое нарушение может быть также выражено в совершении действий, которые препятствуют собственнику осуществлять другие его правомочия.

В соответствии со ст. 264 ГК РК собственник вправе требовать устранения всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения. «Такой иск называется негаторным (actio negatoria — отрицающий иск[1]). Негаторный иск — это иск владеющего вещью собственника к третьему лицу об устранении препятствий, мешающих нормальному осуществлению права собственности. При помощи негаторного иска отрицается право третьего лица вторгаться в сферу правомочий собственника»,— такое определение этому иску дает Ю. К. Толстой[2].

А. П. Сергеев понимает негаторный иск как «внедоговорное требование владеющего вещью собственника к третьему лицу об устранении препятствий в осуществлении правомочий владения, пользования и распоряжения имуществом»[3]. Включение в указанное определение правомочия владения, на наш взгляд, вряд ли соответствует закону. Более того, сам автор отмечает, что правом на негаторный иск обладают соответствующие лица, «которые владеют вещью, но лишены возможности пользоваться или распоряжаться ею», что «предметом негаторного иска является требование истца об устранении нарушений, не соединенных с лишением владения»[4] и т.д.

---

[1] Такой перевод мы встречаем в подавляющем большинстве работ. Иначе, и, как нам видится, верно осуществляет перевод И. Б. Новицкий: «Буквально — иск, отрицающий право ответчика на совершение таких действий» (*Новицкий И. Б.* Римское право. Издание 5-е, стереотипное.— М., 1994.— С. 102).

[2] Советское гражданское право. 2-е издание, исправленное и дополненное. Часть 1 / Отв. ред. В. Т. Смирнов, Ю. К. Толстой, А. К. Юрченко.— Л.: Изд. ЛГУ, 1982.— С. 316.

[3] Гражданское право. Учебник. Часть 1. Издание второе, переработанное и дополненное / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого.— М.: «Проспект», 1997.— С. 454.

[4] Там же.— С. 454–455.

Как отмечает О. С. Иоффе, «сущность негаторного иска иногда усматривается в том, что он предъявляется в целях устранения помех в осуществлении только одного правомочия собственника — права пользования»[1]. Именно такая мысль, как нам представляется, следует, например, из одного из высказываний У. К. Ихсанова: «Содержание негаторного иска зависит от характера правонарушения, в результате которого создается препятствие для нормального пользования имуществом»[2]. Схожая точка зрения наблюдается и у Е. А. Суханова, считающего, что «субъектом негаторного иска является собственник или иной титульный владелец, сохраняющий вещь в своем владении, но испытывающий препятствия в ее использовании»[3]. О. Ю. Скворцов, анализируя сущность негаторного иска, отмечает: «Практика экономической жизни знает случаи, когда собственник владеет своей вещью, но какие-либо не зависящие от него обстоятельства мешают ему использовать ее. В таких ситуациях происходит нарушение права собственности, поскольку собственник лишается возможности реализовывать одно из правомочий права собственности, а именно — право пользования. Происходит нарушение его права пользования и собственник вправе требовать устранения этого нарушения»[4].

О. С. Иоффе считает, что подобное ограничение содержания негаторного иска не основано на законе, который говорит о всех вообще нарушениях права собственности, не сопряженных с выходом имущества из обладания собственника[5].

Соответствующий подход к пониманию негаторного иска мы наблюдаем у многих авторов. Так, М. Я. Кириллова указывает: «С помощью негаторного иска возможна защита права собственности, когда собственник незаконно ограничивается в возможности осуществления не только правомочия пользования, но и правомочия распоряжения» и приводит в качестве примера требование собственника об исключении

---

[1] *Иоффе О. С.* Советское гражданское право.— М., 1967.— С. 488–489.

[2] Гражданское право Казахской ССР. Учебное пособие / Под ред. Ю. Г. Басина.— Алма-Ата, 1978.— С. 262.

[3] См. Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. В 24 /Под ред. В. Д. Карповича.— М., 1995. 41: С. 316.

[4] *Скворцов О. Ю.* Защита права собственности и судебно-арбитражная практика.— М., 1997.— С. 34.

[5] *Иоффе О. С.* Указ. раб.— С. 488–489.

имущества из описи[1]. Схожая точка зрения высказана и В.В. Чубаровым: «Другой сферой применения исков, связанных с устранением препятствий в распоряжении (иногда пользовании) имуществом, являются споры об освобождении имущества от ареста (исключении из описи)»[2].

Мы полагаем, что более точным является понимание негаторного иска, представленное позицией О. С. Иоффе. Современная судебная практика все чаще сталкивается со случаями защиты правомочия распоряжения, а не только пользования.

Общими условиями предъявления негаторного иска, применяемыми в совокупности, являются следующие:

а) собственник или иной титульный владелец, обращающийся в суд, сохраняет имущество в своем владении;

б) нарушения прав собственника или иного титульного владельца со стороны другого лица, то есть действия нарушителя, должны носить противоправный характер;

в) существо требования по негаторному иску составляет устранение длящегося нарушения права пользования или права распоряжения, сохраняющегося к моменту предъявления иска.

Примером предъявления и рассмотрения негаторного иска может служить следующее дело. Гражданин Г. обратился в суд с иском к кооперативу собственников квартир об устранении препятствий в проживании в квартире. Иск мотивировал тем, что под окном его квартиры была выстроена кран-балка высотой 6,5 метра, а позднее построена пристройка для выполнения газосварочных работ. Сделано это было без разрешения управления архитектуры. Данная пристройка существенно ухудшила жилищные условия истца: перекрыт доступ света в квартиру, постоянный шум от работающих аппаратов, антисанитарное состояние пристройки. На неоднократные обращения истца к руководству КСК о переносе пристройки реакции не последовало. В связи с этим истец просит суд обязать ответчика устранить чинимые препятствия в проживании в квартире, а также взыскать 30 000 тенге в возмещение морального вреда, поскольку в результате противоправных действий ответчика сложились невыносимые условия в проживании истца в квартире, он вынужден уходить из нее и жить у посторонних лиц. Истец

[1] См. Советское гражданское право. Т.1. / Под ред. О. А. Красавчикова.— М., 1968.— С. 404.

[2] См. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Отв. ред. О. Н. Садиков.— М.: «ЮРИНФОРМЦЕНТР», 1995.— С. 326.

испытывает дискомфортное состояние, раздражение от того, что не может жить у себя в квартире.

Представитель ответчика иск не признал, предъявив встречный иск о взыскании с Г. 21 575 тенге в возмещение ущерба, мотивируя свои требования тем, что Г. с помощью лома повредил крышу пристройки. Лишь на следующий день крыша была восстановлена, но сварочный аппарат вышел из строя от попадания влаги через поврежденную крышу. Также в суд обратился представитель ответчика К. со встречным иском о возмещении морального вреда в сумме 50 000 тенге, а также о защите чести и достоинства по тем мотивам, что Г. в присутствии рабочих КСК нанес ему оскорбления, обозвав нецензурными словами.

Решением суда постановлено обязать КСК снести пристройку (сварочный пост), взыскать в пользу истца 12 400 тенге в возмещение морального вреда и возврат госпошлины.

В кассационной жалобе ответчик указал, что сварочный аппарат, расположенный в пристройке, разрешен к эксплуатации управлением пожарной охраны и горСЭС. Размещение пристройки не оказывает вредного действия на условия проживания и здоровье жильцов дома, поскольку у сварочного аппарата имеется вентиляция, сварочные работы производится не более часа и только в рабочие дни при авариях, чистота на крыше пристройки систематически соблюдается. Кроме того, ответчик считает, что сварочный пост находится не в пристройке, а под навесом, для установки которого разрешения горархитектуры не требуется. Застройщиком данного сооружения КСК не является и средств для демонтажа сварочного поста у КСК нет.

Однако, из материалов дела следует, что пристройка, в которой размещен сварочный аппарат, построена без получения на это необходимых разрешений, то есть является самовольной постройкой. В деле имеется предписание инспекции Государственного архитектурно-строительного контроля о необходимости сноса постройки в случае непредоставления в управление архитектуры разрешающей документации. Из письма главного архитектора заместителю Акима города следует, что городским отделом архитектуры делалось предписание о прекращении строительства пристройки, а позднее председателю КСК вручено предписание о сносе пристройки.

При таких обстоятельствах в соответствии со ст. 144 ГК РК самовольная пристройка подлежит сносу осуществившим ее лицом, либо за его счет.

Довод ответчика о том, что обязанность по сносу пристройки не может быть возложена на него, поскольку КСК не является застройщиком, неоснователен. Установлено, что незаконная пристройка находится на балансе ответчика и им эксплуатируется, поэтому ответчик должен выполнить решение суда о ее сносе. Нормы СНиП, на которые ссылается в жалобе ответчик, не применимы к данному случаю, поскольку спорная пристройка не может быть отнесена к загрузочным помещениям при встроенных общественных помещениях.

В суде нашли подтверждение доводы истца о том, что сооружение пристройки к дому и проведение в ней сварочных работ нарушает его права. Из писем по проведенным по жалобам истца областным управлением Госсанэпидемнадзора проверкам следует, что при работе на оборудовании, размещенном в пристройке, создается шум, превышающий предельно допустимый уровень, уровень естественной освещенности квартиры составляет 80 процентов от допустимых санитарных норм из-за затемнения квартиры крышей пристройки. Из постановления инспектора Государственного пожарного надзора следует, что сварочный пост эксплуатируется с грубыми нарушениями норм и правил пожарной безопасности.

С учетом изложенного, а также того, что действия истца, начавшего самостоятельно разбирать крышу пристройки, были спровоцированы незаконными действиями ответчика несмотря на запреты продолжающего эксплуатацию самовольного сооружения, коллегия оставила решение суда первой инстанции без изменения, кассационную жалобу — без удовлетворения.

На практике негаторный иск нередко заявляется одновременно с виндикационным иском. Так, Д. обратилась в суд с иском к П. об истребовании части земельного участка из незаконного владения ответчицы и устранении препятствий в пользовании этим земельным участком. Из материалов дела следует, что истицей был приобретен жилой дом, расположенный на земельном участке площадью 566 кв. метров. В соответствии с заключением специалиста комитета по земельным отношениям и землеустройству фактическая площадь земельного участка составляет 516 кв. метров. Недостающая площадь объясняется передачей части земельного участка соседям по задней меже и самовольным захватом П. земельного участка, принадлежащего Д., площадью 21,6 кв. метра. Из письма главного архитектора города следует, что ответчица самовольно, без отступа от межи соответствующего расстоя-

ния возводит хозяйственные постройки, за счет чего расширила свой земельный участок.

Суд со ссылкой на ст. 260 ГК признал правомерными требования истицы о возврате ей земельного участка площадью 21,6 кв. метра, а также со ссылкой на ст. 264 ГК обязал ответчику снести самовольные постройки, расположенные на участке Д.

Следует особо отметить, что действия ответчика должны носить именно противоправный характер, в ином случае негаторный иск удовлетворению не подлежит. Так, Г. обратился в суд с иском к К. об устранении препятствий в пользовании квартирой, принадлежащей ему на праве собственности, указав, что ответчица самовольно, без его согласия установила железную перегородку на общей площадке. Это обстоятельство мешает ему пользоваться общим имуществом, так как одновременно нельзя открыть двери двух квартир и ухудшаются условия эвакуации. В этой связи истец был вынужден обращаться в органы милиции, департамент жилищно-коммунального хозяйства, управление госпожарной службы, КСК, однако ответчица на предписания этих органов не реагирует, поэтому истец просит обязать ответчицу снести спорную перегородку.

Решением суда устранено препятствие пользования жилым помещением, для чего К. обязана произвести перенавеску дверного полотна в сторону другой квартиры. В части сноса перегородки истцу отказано за необоснованностью требований.

В кассационной жалобе истец поставил вопрос о правомерности установки К. железной перегородки на лестничной площадке без согласия проживающих там жильцов. Ответчица, считает истец, захватила часть нежилого помещения, относящегося к общему имуществу, чем нарушила право собственности других жильцов.

В определении судебная коллегия указала следующее. Спорная территория является общим имуществом собственников, проживающих в квартирах на этой площадке. В соответствии со ст. 33 Закона РК «О жилищных отношениях» ответчице принадлежит доля в общем имуществе и она, в целях безопасности поставив перегородку, правомерно пользуется своими правами. Судом была назначена техническая экспертиза, которая установила, что в целях устранения препятствий для открывания двери квартиры истца ответчице необходимо произвести перенавеску дверного полотна. Других нарушений нормативно-технических показателей не обнаружено. На установление данной перего-

родки имеется разрешение государственной пожарной службы, в котором также указано, что данная конструкция находится не на путях эвакуации. Таким образом, установка железной перегородки не является незаконной.

С учетом этого судебная коллегия оставила решение суда первой инстанции без изменения, кассационную жалобу без удовлетворения.

Предъявление негаторного иска осуществимо лишь до тех пор, пока длится состояние правонарушения. С его прекращением прекращаются и помехи в осуществлении права собственности, и основания для предъявления негаторного иска также отпадают. Как указывает О. С. Иоффе, «если же действия правонарушителя, совершенные им ранее, причинили собственнику материальный ущерб, последний вправе требовать возмещения ущерба, но у него нет повода для предъявления негаторного иска, поскольку самое неправомерное состояние уже устранено»[1]. Также следует иметь в виду, что целью негаторного иска может быть, как требование к суду об обязывании ответчика совершить какое-либо действие (действия), например, снести забор, так и о запрещении или ограничении в совершении им какого-либо действия (действий), например, о запрете парковки автомобиля напротив выезда из гаража истца.

Поскольку основанием для предъявления негаторного иска является длящееся, непрекращающееся правонарушение, действие сроков исковой давности на этот иск не распространяется. Об этом прямо указано в п. 4 ст. 187 ГК РК.

---

[1] *Иоффе О. С.* Указ. работа.– С. 490.

ТЕМА: СПОСОБЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

ЗАЛОГ ИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРАВ

Д. Братусь

1. Понятие имущественных прав

В последнее время в юридической литературе все чаще звучит тема имущественных прав. Причем, детально обсуждаются различные ее оттенки: понятие, состав, содержание, признаки имущественных прав и т.д. Оригинальные, обстоятельные работы на эту тему выполнены отечественными авторами[1]. Научный интерес к данному институту вполне объясним. С одной стороны, сегодня в республике созданы экономические условия для свободного совершения сделок с различными бестелесными объектами. Они постепенно вводятся в гражданский оборот посредством конструкций цессии, факторинга, франчайзинга, залога и т.д. С другой стороны, «казахстанское законодательство практически не содержит норм, которые бы составили правовую основу для обращения имущественных прав»[2]. Прежде всего, этот упрек следует отнести к легальному определению имущественных прав, которого просто нет. В доктрине также отсутствует единое мнение по вопросу о понятии имущественных прав.

Традиционно имущественные права делят на вещные (абсолютные) и обязательственные (относительные), иногда к ним относят т.н. «наследственные», исключительные и др. права.

Общими признаками имущественных прав можно считать следующие:

---

[1]Вещные права в Республике Казахстан / Отв. ред. М. К. Сулейменов.— Алматы: Жеті-Жарғы, 1999.— 360 с.; *Карагусов Ф. С.* Ценные бумаги и деньги в системе объектов гражданских прав.— Алматы: Жеті-Жарғы, 2002.— 432 с.; *Скрябин С. В.* Право собственности в Республике Казахстан: сравнительно-правовой комментарий книги Уго Маттеи «Основные принципы права собственности».— Алматы: Дайк-Пресс, 2000.— 304 с. и т.д.

[2]*Карагусов Ф. С.* Имущественные права в системе объектов гражданских прав //Актуальные проблемы современного гражданского права. Том I. Материалы Международной научно-теоретической конференции аспирантов и соискателей, посвященной 10-летию независимости РК.— Алматы, 20–21.02.2001 г. / Отв. ред. М. К. Сулейменов.— Алматы: КазГЮА, 2001.— С. 36.

1) возникают по основаниям, предусмотренным законом;

2) охраняются законом и обеспечиваются в своем действии его силой;

3) по общему правилу свободно отчуждаются за редкими исключениями, предусмотренными легально;

4) означают возможность управомоченного лица (кредитора) требовать от обязанного лица (должника) передачи им вещи и/или выполнения определенного действия, не связанного с передачей вещи;

Поскольку имущественное право возникает по основаниям, предусмотренным законом, оно может быть ограничено в своем действии этими основаниями. Например, по форме представления, срокам существования и т.д. Поэтому имущественное право является не просто возможностью требования, а мерой возможного требования.

2. Залог вещных прав

Из всего перечня вещных прав в качестве предмета залога мы рассмотрим лишь право недропользования, особо актуальное для практики хозяйствования, сложившейся в Казахстане. Возможность залога права пользования (использования недр, земли, лесов, вод и т.д.) предусмотрена во многих нормативных правовых актах. Допустимость передачи в залог других вещных прав, упомянутых в п. 1 ст. 195 ГК, уверенно оспаривается в классической цивилистике[1] . Однако и современные (например, С. С. Алексеев[2] , Ю. Г. Басин[3]), и дореволюционные (например, И. А. Покровский[4]) правоведы отмечают, что дискуссии на эту тему имеют перспективу.

---

[1] См., например: Советское гражданское право. Учебник. Том I / Под ред. В. А. Рясенцева.— М.: Юридическая литература, 1965.— С. 259; Гражданское право: В 2 т. Т. I: Учебник / Отв. ред. Е. А. Суханов. Издание 2-е, перераб. и доп.— М.: БЕК, 1998.— С. 480; *Белов В. А.* «Выдающийся русский ученый юрист» // В кн.: *Васьковский Е. В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов.— М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002.— С. 9; Гражданское право. Учебник для вузов. Часть 1-я / Под ред. Т. И. Илларионовой, Б. М. Гонгало, В. А. Плетнева.— М.: Норма-Инфра-М, 1998.— С. 273; *Богатырев Ф. О.* Залог прав // В кн.: Актуальные проблемы гражданского права. Сборник статей. Выпуск 4 / Под ред. проф. М. И. Брагинского.— М.: Норма, 2002.— С. 177.

[2] *Алексеев С. С.* Гражданское право в современную эпоху.— М.: «Юрайт», 1999.— С. 22–23.

[3] *Басин Ю. Г.* Совершенствование законодательства о ценных бумагах //Гражданское законодательство Республики Казахстан: Статьи, комментарии, практика / Под ред. А. Г. Диденко. Вып. II.— Алматы: Баспа, 2001.— С. 45–47.

[4] *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права (по изданию 1917 г.).— М.: Статут, 1998.— С. 309.

Правоотношения по залогу права недропользования специально регулируются Указом Президента РК, имеющим силу закона, от 27 января 1996 г. «О недрах и недропользовании» (ст. 14, 15). Согласно п. 1 ст. 4 этого Указа (далее — Указ «О недрах») специальными источниками права недропользования признаются акты центральных (Правительство, министерства, государственные комитеты) и местных (акиматы, маслихаты) исполнительных органов. Принятыми ими нормативными документами охвачен обширный блок залоговых вопросов: процедура заключения обеспечительных сделок, их оформление (регистрация) и механизм исполнения, порядок контроля за соблюдением интересов государства, основания и последствия прекращения права недропользования, создание республиканских и коммунальных залоговых фондов и т.д. Однако правовое регулирование залога права недропользования далеко от совершенства.

Республиканские власти шестой год (с 1997 г. по настоящее время) пытаются наладить гибкую систему залогового обеспечения в указанной сфере. Сначала было принято Положение «О передаче права недропользования в залог»[1] . В том же году Правительство заявило о формировании залогового фонда под привлечение инвестиций[2]. Принципиальные недостатки Положения № 526, бывшие предметом жесткой критики[3]: расхождение с ГК по вопросам прекращения залога; нарушение императивных предписаний законодательных актов (Указа «О недрах» и Закона РК от 17 апреля 1995 г. «О лицензировании») о неотчуждаемости лицензий и других государственных разрешений; существенные ограничения прав залогодателя на проведение операций по недропользованию после заключения залоговой сделки; неоправданно долгая процедура реализации заложенного права при обращении на него взыскания и т.д.

---

[1]Утверждено постановлением Правительства РК от 10.04.1997 г. № 526. Утратило силу согласно постановлению Правительства РК от 27.05.1998 г. № 484. Далее именуется «Положение № 526».

[2]Формируется залоговый фонд под привлечение инвестиций // PANORAMA. № 11 (28), 21.05.1997. Позднее в этот процесс включилась местная власть (см.: решение X сессии алматинского городского маслихата II созыва от 25.05.2001 г. «Об утверждении Положений «О долговых обязательствах города Алматы» и «О залоговом фонде города Алматы»).

[3]*Братусь Д. А.* Казахстанские новации: лицензию — в залог // Нефть и капитал. № 7—8, 1997.— С. 8–10.

Вследствие перечисленных недостатков Положение № 526 оказалось практически бесполезным. Вместо него в 1998 г. было принято Положение «О порядке выдачи разрешений на передачу права недропользования в залог»[1]. В нем отсутствовали принципиальные погрешности предыдущего положения, содержались четкие отсылочные нормы к общим и специальным залоговым правилам.

В итоге процедура залога права недропользования была упрощена путем внесения изменений и дополнений в ст. 15 Указа «О недрах». В настоящее время не требуется предварительного разрешения на передачу права недропользования в залог и переоформления контракта на залогодержателя.

В ст. 10 Указа «О недрах» право недропользования определяется через термин «операция», что представляется неверным. Он не совпадает по смыслу с понятием субъективного гражданского права — обеспеченной законом меры возможного поведения субъекта[2]. В «Толковом словаре русского языка» слово «операция» истолковывается, как отдельное действие в ряду других подобных (банковская операция, почтовая операция и т.д.)[3]. Интересное толкование дает В. И. Даль: «Операция — предприятие хозяйственное, торговое; оборот, дело»[4]. В «Большом юридическом словаре», под операцией понимается определенная гражданско-правовая сделка, осуществляемая для достижения установленной законом цели[5].

Значит, недропользовательская операция и право недропользования — разные категории, которые соотносятся между собой, как действие и его мера, подобно формулам «что делает» и «чем обладает, в

---

[1] Утверждено постановлением Правительства РК от 27.05.1998 г. № 484. Утратило силу согласно Постановлению Правительства РК от 21.01.2000 г. № 108. Далее именуется «Положение № 484».

[2] См. статью С. Н. Братуся о субъективном гражданском праве в кн. Юридический энциклопедический словарь.— М.: Советская энциклопедия, 1984.— С. 358.

[3] *Ожегов С. И. и Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / Российская академия наук. Институт русского языка им. В. В. Виноградова. 4-е издание, дополненное.— М.: «Азбуковник», 1998.— С. 454.

[4] *Даль В. И.* Толковый словарь живого великорусского языка. Т. 2: И — О.— М.: Русский язык, 1998.— С. 677.

[5] См. статью об операциях банка России в кн.: Большой юридический словарь / Под ред. А. Я. Сухарева, В. Д. Зорькина, В. Екрутских.— М.: ИНФРА-М, 1998.— С. 450.

каких пределах». В п. 1 ст. 10 Указа «О недрах» различаются четыре вида операции: государственное геологическое изучение недр, разведка, добыча, строительство и эксплуатация подземных сооружений, не связанных с разведкой и/или добычей.

Право недропользования в субъективном смысле означает возможность конкретного лица проводить определенные операции с недрами, но данное право не означает сами эти операции. Ошибается К. Б. Сафинов, утверждая, что ст. 10 Указа «О недрах» «дает исчерпывающий перечень четырех видов права недропользования»[1]. В ней перечисляются не виды права, а виды операций. В подтверждение сказанного обратимся к фрагменту ч. 2 п. 3 ст. 10 Указа «О недрах»: «Все остальные виды операций по недропользованию осуществляются…».

Е. Б. Жусупов пишет: «…хотя предметом залога выступает само право недропользования, но поскольку объектом этого права выступает вещь в виде участка недр и обращение на право недропользования влечет обращение на участок недр, то данный залог относится к разновидности вещного права»[2]. В связи с этой цитатой необходимо сделать несколько уточнений.

Во-первых, при совершении рассматриваемой обеспечительной сделки закладывается не право на недра, а право пользования ими, иначе говоря, не право на вещь[3], а право извлечения ее полезных естественных свойств и получения от нее выгоды, в частности, плодов в виде минералов и прибыли от их реализации.

Во-вторых, в отличие от земли, которая «может находиться также в частной собственности» (п. 3 ст. 6 Конституции РК, ст. 2 Закона РК 24.01.2001 г. «О земле»), для недр подобной оговорки казахстанские законодательные акты не предусматривают. Недра являются исключительной государственной собственностью (п. 3 ст. 6 Конституции РК, п. 1 ст. 5 и пп. 1 ст. 7 Указа «О недрах»). Следовательно, ни о каком обращении взыскания на них частным лицом не может быть и речи.

---

[1] *Сафинов К. Б., Лебедь В. И.* Комментарий к Указу Президента Республики Казахстан, имеющему силу закона, от 27 января 1996 года № 2 828 «О недрах и недропользовании».— Астана, 2000.— С. 60.

[2] *Жусупов Е. Б.* Правовое регулирование недропользования в Республике Казахстан. Автореф. дис... степ. к. ю. н.— Алматы, 2001.— С. 9.

[3] Подобная модель вообще не имеет юридического смысла, поскольку не позволяет определить, какое конкретно право закладывается.

«Недра — монопольная государственная собственность, неотъемлемая и неотчуждаемая государством, исключенная из гражданского оборота, подлежащая использованию в общих интересах».

Ни Конституция РК, ни ГК, а также специальное законодательство о недрах не предусматривают возможности участкам недр являться предметом купли-продажи, дарения, наследования, вклада, залога или отчуждения в иной форме»[1].

Право недропользования может быть постоянным или временным, отчуждаемым или неотчуждаемым, возмездным или безвозмездным (п. 2 ст. 10 Указа «О недрах»). В любом состоянии оно, в отличие от недр (участков недр), является залогоспособным, даже будучи неотчуждаемым. «Предоставление права определенному недропользователю неразрывно связывается с личностью и возможностями их носителя, что означает невозможность его отчуждения или иной передачи другим лицам по основаниям, не предусмотренным в Указе. Даже в случаях, допускаемой Указом (ст. 14) передачи права недропользования, оно может иметь место только с разрешения компетентного органа»[2]. Следовательно, критерий неотчуждаемости означает запрет на заключение залоговой сделки с правом недропользования в отсутствие предварительного одобрения этой сделки компетентным органом. До 1999 г.[3], когда данное право помимо контракта подтверждалось лицензией, его передача в залог допускалась только с разрешения лицензионного органа. В настоящее время недропользовательские операции не лицензируются. Согласие же государства в лице компетентного органа на залог права недропользования необходимо сейчас, как и ранее. Порядок поменялся, но принципиальные подходы отраслевого регулирования остались прежними. Мы считаем их разумными и приемлемыми.

В практике недропользования часто возникают затруднения с выполнением одного из существенных условий договора залога — надлежащей оценкой предмета обеспечения (п. 1 ст. 307 ГК).

В деле, дошедшем до президиума областного суда, главным стал вопрос о принадлежности и оценке права недропользования в составе имущественного комплекса. Казахстанская компания заложила иност-

---

[1] *Сафинов К. Б., Лебедь В. И.* Указ. соч.– С. 24.

[2] *Сафинов К. Б., Лебедь В. И.* Указ. соч.– С. 61.

[3] См. Закон РК от 11.08.1999 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан».

ранному инвестору одно из своих нефтяных предприятий. Стоимость предприятия подтверждалась аудиторским заключением с подробным перечнем объектов, закладываемых в составе предприятия. Причем аудитор оценил каждый такой объект в отдельности. Право на добычу нефти в перечне отсутствовало, не указывалась и его стоимость. В договоре залога имелась отсылка к аудиторскому заключению: «1.2. Предметом залога является принадлежащий Залогодателю на праве собственности имущественный комплекс… согласно перечню, прилагаемому к аудиторскому заключению № … от … и являющемуся неотъемлемой частью настоящего Договора (приложение № …)». Соучредитель компании — залогодателя заявил в суд требование о подтверждении состава предмета залога. Ссылаясь на диспозитивную оговорку п. 2 ст. 119 ГК («В состав предприятия как имущественного комплекса входят все виды имущества, предназначенные для его деятельности, …если иное не предусмотрено законодательными актами или договором»), заявитель резонно предположил, что право недропользования не закладывалось. Он также обратил внимание суда на следующее обстоятельство: если кредитор пожелает принять в залог право недропользования дополнительно к остальным компонентам предприятия, то залоговая сделка за счет добавленной стоимости права становится крупной (пп. 1 п. 1 ст. 76 Закона РК от 10 июля 1998 г. «Об акционерных обществах») и должна совершаться в строгом соответствии с процедурой, предусмотренной ст. 76—79 Закона «Об акционерных обществах».

Таким образом, заявитель лишь уточнял условия обеспечительной сделки, умело используя ошибки, допущенные при заключении договора залога. В сложившейся ситуации у кредитора не возникало оснований ни для расторжения кредитной и обеспечительной сделок (см. п. 1 и 2 ст. 401, п. 3 ст. 720, ст. 722 ГК), ни для заявления о необходимости досрочного исполнения основного обязательства (см. п. 1 ст. 321 ГК), ни для обращения взыскания на заложенное имущество (см. п. 2 ст. 321 ГК). Интерес стороны залогодателя оставить за собой право недропользования понятен: при невозврате долга или задержке с его погашением у кредитора наверняка бы возникли проблемы с обращением взыскания на нефтяное предприятие и его реализацией. Кто пожелает вкладывать деньги в имущественный комплекс, если эксплуатировать его по целевому назначению не получится до тех пор, пока право на добычу нефти не будет переоформлено на нового обладателя, а достаточных оснований для переоформления нет?

Президиум областного суда подтвердил условия залога, на которых настаивал соучредитель компании — залогодателя.

Рассмотренная ситуация порождает ряд вопросов. Находится ли право на добычу нефти в неразрывной связи с закладываемой нефтяной установкой (дамбой, скважиной)? Является ли указанная вещь имущественным комплексом? В самом деле, если нефтяная установка представляет собой замкнутый технологический цикл, расположена в удалении от других производственных объектов (например, нефтеперерабатывающего завода, нефтехранилища и т.д.), значит, речь идет о предприятии, залог которого, по общему правилу, повлечет за собой залог права недропользования. А. Г. Диденко, затрагивая правовой режим искусственных сооружений и установок, нефтяных скважин и дамб, формулирует вопрос по-другому: к какому виду имущества относится тот или иной объект: к движимости или к недвижимости[1]?

Этап распределения контрактных территорий, введение в гражданский оборот прав на эксплуатацию недр — в прошлом. К настоящему времени инвестиционные проекты по вопросам недропользования проходят стадию исполнения. Думается, в ближайшие 10—15 лет, когда наступит срок рассчитываться по обязательствам, казахстанские суды и третейские (арбитражные) инстанции столкнутся со специфическими конфликтами, вытекающими из этих инвестиционных проектов. К такому предположению склоняет отмеченное несовершенство законодательства о недрах и недропользовании. С другой стороны, с точки зрения формирования инвестиционного климата, республика, несомненно, продвигается вперед. Поэтапная доработка залоговых норм, возведение существенных вопросов залога права недропользования с уровня недостаточно проработанных правительственных постановлений в ранг правил закона — это позитивный момент.

3. Залог обязательственных прав

В силу обязательства кредитор приобретает право на действие должника. Однако, даже будучи управомоченным, он не может воздействовать личной силой[2], поэтому его обязательственное право фактически сводится к требованию. Имущественную ценность требования

---

[1] *Диденко А. Г.* Обеспечение исполнения договоров. Научное издание.— Астана: ЗАО «Институт законодательства Республики Казахстан», 2002.— С. 79.

[2] Личное воздействие может квалифицироваться, как уголовное или административное правонарушение. Только государство обладает возможностью принудительного силового воздействия.

Г. Ф. Шершеневич точно подметил в «неосуществленном интересе» кредитора[1] . Ценность (ликвидность) требования позволяет сделать вывод о возможности его передачи в залог: «В залог для обеспечения своего долга должник или третье лицо может отдать обязательственное право, принадлежащее самому должнику или третьему лицу, установившему залог за должника»[2] .

Рассмотрим следующие случаи залога обязательственных прав: залог прав требования, выраженных в ценной бумаге акционерного общества (АО), залог долговых требований.

Залог акций — это, по сути, залог имущественных прав на долю участия в АО. Сделка залога акций достаточно подробно исследована в юридической литературе. Однако ни теоретических, ни прикладных проблем это не убавляет. В теории иногда ставится под сомнение сама возможность залога акций. При этом утверждается, что удостоверенные акцией имущественные права могут передаваться только в силу уступки требования (цессии), как самостоятельном виде сделки, соответственно, могут оформляться только договором об уступке прав из акций[3]. Такое утверждение является спорным. В частности, оно обоснованно оспаривается А. Глушецким и М. Кравченко[4], А. Ю. Бушевым и О. Ю. Скворцовым[5], а также в некоторых классических работах[6].

Отрицание сущности залога акций путем подмены его родовой категорией «уступка требования» неприемлемо для гражданского права Казахстана.

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч.— С. 347.

[2] *Хвостов В. М.* Система римского права: Учебник (по 3-ему изданию 1908 г.).— М.: Спарк, 1996.— С. 357.

[3] См., напр.: *Суханов Е. А.* Акционерные общества и другие юридические лица в новом гражданском законодательстве // Хозяйство и право. 1996. № 1. С. 94–95; *Белов В. А.* Вексельное законодательство России.— М., 1995.— С. 120; *Ломакин Д.* Правовое регулирование передачи акций // Хозяйство и право. 1996. № 9.— С. 171.

[4] *Глушецкий А., Кравченко М.* Дивиденды акционерного общества: объявление и выплата.— М.: Центр деловой информации еженедельника «Экономика и жизнь», 1998.— С. 80.

[5] *Бушев А. Ю., Скворцов О. Ю.* Акционерное право. Вопросы теории и судебно-арбитражной практики.— М.: Бизнес-школа «Интел-Синтез», 1997.— С. 14.

[6] *Агарков М. М.* Основы банковского права: Курс лекций, издание 2-е. Учение о ценных бумагах: Научное исследование, издание 3-е.— М.: БЕК, 1994.— С. 114; *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: Общие положения.— М.: Статут, 1997.— С. 416.

Закон «Об акционерных обществах» императивно закрепляет право залога ценных бумаг АО: «Право закладывать ценные бумаги общества не может быть ограничено или исключено положениями устава общества» (ч. 1 п. 1 ст. 39). В этом Законе предусмотрены особенности залога акций. Оно может принимать в залог выпущенные им ценные бумаги, если (п. 2 ст. 39): они полностью оплачены; количество закладываемых ценных бумаг не превышает 10% оплаченного уставного капитала АО; договор залога одобрен общим собранием акционеров или советом директоров АО.

Слова «выпущенные им» означают, что АО не имеет права принимать в залог лишь свои частично оплаченные или неоплаченные ценные бумаги. Ценные бумаги других юридических лиц АО может принимать в залог на свой страх и риск в оплаченной части. При принятии в залог ценных бумаг других юридических лиц соотношение залоговой массы, образовавшейся в результате такой сделки, с размером оплаченного уставного капитала АО не проводится. Для заключения договора залога ценных бумаг других юридических лиц не обязательно одобрение общего собрания или совета директоров АО — залогодержателя. В отношении некоторых субъектов, например, банков и страховых компаний, ломбардов, накопительных пенсионных фондов и т.д. специальное законодательство предусматривает императивные исключения из данных диспозиций, нацеленные на укрепление специальной правосубъектности этих организаций и повышение доверия клиентов к ним.

Другая особенность. Если ценные бумаги АО закладываются третьему лицу, акционер — залогодатель может голосовать и получать дивиденды по ним, поскольку иное не предусмотрено условиями залога (ч. 2 п. 1 ст. 39 Закона «Об акционерных обществах»). Но при залоге акций обществу, выпустившему их, акционер с момента вступления обеспечительной сделки в силу лишается права голоса по ним и утрачивает на время залога право на получение дивидендов (п. 3 ст. 39 Закона «Об акционерных обществах»).

В практике применения норм корпоративного права часто возникают споры по такому вопросу. Должен ли залогодержатель, которому вместе с заложенными акциями отошло право голоса и получения дивидендов по ним, направлять полученный от акций доход в счет погашения долга залогодателя? Ответ на этот вопрос следует из принципа свободы договора. Закон не запрещает сторонам предусмотреть в договоре залога то или иное решение. Если по данному вопросу договор

не содержит каких-либо условий, доход по акциям причитается залогодержателю — обладателю обязательственных прав (см. ч. 3 п. 2 ст. 188 ГК).

В заключение вопроса о залогоспособности ценных бумаг АО отметим: видимо, ближайшая перспектива развития законодательства и доктрины о ценных бумагах заключается в признании возможности их вещно-правовой защиты[1].

Наряду с залогом обязательственных прав, выраженных в ценных бумагах АО, могут закладываться и другие требования, вытекающие из договора купли-продажи, подряда, возмездного оказания услуг, перевозки и т. д. В ГК они названы «долговыми требованиями» (см. ч. 1 п. 3 ст. 303). В последнее время данный вопрос все чаще обсуждается в доктрине, видимо, по мере возрастания в гражданском обороте роли обязательственных прав. В русле этой тенденции Ф. О. Богатырев верно подметил: «в принципе, последнего рода требования допустимо закладывать»[2].

Перспективы практического использования и научного изучения залога долговых требований побуждают задаться вопросом о том, что в действительности является предметом залога в определенных обеспечительных сделках: вещь или долговое требование?

Рассмотрим конкретную ситуацию, подпадающую под действие Закона РК от 17 января 2002 г. «О торговом мореплавании» и Указа Президента РК, имеющего силу закона, от 23 января 1995 г. «Об ипотеке недвижимого имущества» (далее Указ «Об ипотеке…»). Капитан морского судна получил кредит для оплаты ремонта судна под залог этого же судна или же капитан в обеспечение оплаты ремонтных работ заложил судно подрядчику — кредитору[3]. Такое право предоставлено капитану согласно п. 2 ст. 29 Закона «О торговом мореплавании»: «В отсутствие судовладельца, грузовладельца или их законных представителей капитан судна является представителем судовладельца и грузовладельца при совершении в случаях необходимости сделок в отношении судна, груза или плавания, а также предъявления исков в отноше-

---

[1] См. об этом: *Басин Ю. Г.* Совершенствование законодательства о ценных бумагах.— С. 54.

[2] Цитата по: *Богатырев Ф. О.* Залог прав.— С. 187.

[3] Подобное правоотношение регулируется также Международной конвенцией о морских залогах и ипотеках (Женева, 06.05.1993 г.). Однако она не ратифицирована Казахстаном.

нии имущества, находящегося на судне». Ипотечное свидетельство, составленное при оформлении ипотечного договора, было вручено кредитору. На этом этапе залог недвижимой вещи — морского судна (п. 2 ст. 117 ГК) сомнений не вызывает. Проблемы, как теоретического, так и прикладного свойства возникают при последующем залоге (ст. 311 ГК). Вопрос: предметом перезалога, совершенного путем передачи ипотечного свидетельства следующему залогодержателю, будет морское судно или имущественные права на него, подтвержденные ордерной ценной бумагой (ст. 18 Указа «Об ипотеке…»)? Полагаем, предметом перезалога в данном случае являются имущественные права, а не вещь. Этот вывод основан на буквальном толковании норм Указа «Об ипотеке…» (см. ст. 9, п. 1 ст. 12, п. 1 и п. 2 ст. 16, п. 2 ст. 17). Употребляемые в них термины «передача права», «перевод права», «уступка права» свидетельствуют об обязательственных, а не вещных отношениях, складывающихся между залогодателем и залогодержателем.

Следовательно, в рассмотренной ситуации с морской ипотекой, перезаложенной последующему залогодержателю, имеет место залог долгового права, но не вещи. Оно является предметом второй обеспечительной сделки.

Не всякое право требования может быть заложено. По общему правилу являются неотчуждаемыми и непередаваемыми личные неимущественные права (п. 4 ст. 116 ГК), в том числе требования, неразрывно связанные с личностью (п. 1 ст. 301 ГК). Например, не допускается залог алиментных требований. Однако в отношении залогоспособности требований, неразрывно связанных с личностью, ГК неточен. К примеру, права на получение пенсионных накоплений относятся к категории прав, неразрывно связанных с личностью. Этот факт объясняется их персональным характером, привязкой к определенному лицу в зависимости от его социального положения, личных трудовых достижений (стажа, выслуги лет), состояния гражданства и т.д. Но права на получение пенсионных накоплений не относятся к институту личных неимущественных прав, поскольку ассоциируются с конкретными денежными (имущественными) обязательствами государственного или частного пенсионного фонда перед получателем накоплений. За нарушение этих денежных обязательств наступает гражданско-правовая (в том числе имущественная) ответственность в виде возмещения реального ущерба (путем взыскания незаконно удержанных пенсионных взносов, начисленных пенсионным фондом вкладчика, и переводов из другого фонда),

возмещения упущенной выгоды (путем взыскания чистого инвестиционного дохода пенсионного фонда по пенсионным накоплениям вкладчика) и других мер воздействия на нарушителя (см. п. 4 ст. 9, ст. 353, ст. 953–960 ГК). Значит, не всякое право, неразрывно связанное с личностью, является личным неимущественным.

Заметим, в п. 1 ст. 301 ГК права на пенсионные накопления не названы изъятыми из оборота, а причислены к категории т.н. «иных прав», уступка которых другому лицу может быть запрещена законодательными актами. Проблема уступки прав на пенсионные накопления не имеет четкого решения в Законе РК от 20 июня 1997 г. «О пенсионном обеспечении в Республике Казахстан» (далее — Закон «О пенсионном обеспечении»). С одной стороны, выплаты пенсионных взносов производятся по исчерпывающему перечню оснований (достижение пенсионного возраста, соблюдение продолжительности пенсионных отчислений и т.д.). С другой стороны, предусматривается удержание из пенсии, то есть из суммы причитающихся пенсионных выплат, в порядке исполнительного производства. Удерживаться может до 50% пенсионных накоплений (ст. 21 Закона «О пенсионном обеспечении»). Несправедливый парадокс. До наступления определенных условий гражданин не может в личном интересе пользоваться скопившимися деньгами. Но в интересах третьих лиц (взыскателей) изъятие денег с пенсионного счета допустимо в любое время.

Предлагаем хотя бы частично восстановить справедливость и разрешить в Законе «О пенсионном обеспечении» или иных специальных законодательных актах залог прав на пенсионные накопления в обеспечение кредитов под покупку жилья. Эта новелла обоснована жизненной логикой. По достижении зрелого возраста на пенсионном счету гражданина может скопиться сумма денег, достаточная, к примеру, для покупки жилья, но распорядиться ей в силу действующего законодательства он не в состоянии до момента выхода на пенсию. Такой подход к решению столь важного социального вопроса должен быть пересмотрен.

4. Признаки залога имущественных прав, его отличия от схожих институтов

Изложенный выше материал позволяет обобщить основные признаки залога имущественных прав и одновременно обозначить его отличия от схожих институтов.

Начнем с того, что залог имущественных прав — это дополнитель-

ное (акцессорное) обязательство. Оно не может существовать в отрыве от какого-либо иного (обеспечиваемого). Уже по этому критерию залог имущественных прав можно отличить от факторинговой сделки, которая по общему правилу п. 1 ст. 729 ГК является самостоятельной. Залог позволяет кредитору получить удовлетворение из стоимости предмета обеспечения преимущественно перед другими кредиторами (п. 1 ст. 299 ГК). Факторинг не порождает права преимущества. Следовательно, требования финансового агента к клиенту, вытекающие из договора факторинга, по иерархии ст. 51 ГК относятся к кредиторским требованиям пятой очереди. Принципиально разными являются цели залога и факторинга. В первом случае мы наблюдаем стремление кредитора защитить свою собственность и создать должнику стимул для надлежащего исполнения, в другом — более всего заметно намерение клиента повысить ликвидность своих активов, сэкономить на возврате денежного долга. Имеются и другие отличия. Предметом залога могут быть различные имущественные требования. Важно, чтобы они являлись отчуждаемыми и имели определенную ценность. Предметом уступки по договору факторинга является лишь денежное требование (существующее или будущее). Заключение договора факторинга не может быть запрещено соглашением сторон, о чем прямо сказано в ст. 733 ГК. В то же время залог имущественных прав может быть запрещен или ограничен (см., например, п. 2 ст. 29, п. 1 ст. 30 Закона РК от 22 апреля 1998 г. «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью», п. 2 ст. 39 Закона «Об акционерных обществах» и т.д.). В договоре залога могут участвовать три субъекта (кредитор, должник и залоговый веритель[1]), а в договоре факторинга — только два (финансовый агент и клиент). Вышесказанное позволяет критически оценить следующее утверждение Ю. Г. Басина и Е. И. Кириловской: «…при таком способе обеспечения, как факторинг, предметом залога является, по существу, доброе имя заемщика и его добросовестность…»[2].

---

[1] Термин «вещный поручитель», используемый в законодательстве и доктрине, представляется нам неточным, бать может, устаревшим. Вещь не всегда является предметом залога, а поручитель — это субъект другого способа обеспечения исполнения обязательств.

[2] *Басин Ю. Г., Кириловская Е. И.* Банк — субъект залогового правоотношения // Субъекты гражданского права. Т. 1. Материалы междун. научно-практич. конф. (в рамках ежегодных цивилистических чтений).— Алматы, 18–19.06.2001 г. / Отв. ред. М. К. Сулейменов.— Алматы: КазГЮА, 2001.— С. 322–338.

По количеству сторон залог имущественных прав отличается и от цессии (ст. 339—347 ГК), которая бывает, как двусторонней, так и односторонней. Отличием этих институтов можно также считать то, что они соотносятся между собой, как категории рода (цессия) и вида (залог прав). Соответственно, общие правила о цессии применимы к залогу (см., например, п. 1 ст. 325, пп. 3 ст. 344 ГК), поскольку иное не предусмотрено специальными обеспечительными нормами, обратная же аналогия представляется невозможной. Установить разницу между цессией и залогом прав позволяют и источники их возникновения. Широко распространенным основанием цессии являются законодательный акт и судебное решение. Традиционным и пока что единственным источником залога прав остается договор. Примеров возникновения этого обеспечительного правоотношения в силу закона или решения суда гражданское право Республики Казахстан не знает.

Отмеченные тонкости сделок с имущественными правами, безусловное повышение их значимости в юридической практике, заметный рост популярности договора о залоге прав побуждают нас вспомнить всегда актуальные слова И.А. Покровского: «С ростом человеческой личности, с развитием индивидуального самосознания сфера субъективных прав растет, а вместе с тем раздвигаются пределы гражданского права…»[1].

[1] *Покровский И. А.* Указ. соч.— С. 309.

ТЕМА: ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

ВИНА – КАК УСЛОВИЕ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НАРУШЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Ю. Басин

Понятие вины в гражданском праве

Гражданский кодекс Республики Казахстан устанавливает зависимую связь между виной нарушителя обязательства и его неисполнением либо ненадлежащим исполнением. Такая связь может проявляться в различных формах, определенных законом или соглашением сторон. Во-первых, отсутствие вины нарушителя обязательства может послужить основанием освобождения его от ответственности. Во-вторых, ответственность может применяться и при отсутствии вины нарушителя в неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства. В-третьих, наличие, отсутствие либо серьезность вины могут повлиять на ее размер.

Ст. 359 ГК устанавливает по этому поводу:

«1. Должник отвечает за неисполнение и (или) ненадлежащее исполнение обязательства при наличии вины, если иное не предусмотрено законодательством или договором. Должник признается невиновным, если докажет, что он принял все зависящие от него меры для надлежащего исполнения обязательства.

2. Лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет имущественную ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельствах (стихийные явления, военные действия и т.п.). К таким обстоятельствам не относится, в частности, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, работ или услуг».

Такое определение понятия вины и ее значения для привлечения нарушителя к ответственности выработалось сравнительно недавно.

В течение многих десятилетий и из текста закона, и из его доктринального толкования вытекало, что вина нарушителя в виде общего правила — необходимое условие ответственности. Нет вины — нет и

ответственности, хотя бы бесспорным был и сам факт нарушения, и причиненный кредитору этим нарушением материальный ущерб.

При этом под виной подразумевалось психологическое отношение нарушителя к нарушению, иначе говоря, ответственность зависела от того, предвидел ли должник, что его поведение ведет к нарушению обязательства или хотя бы должен был по обстоятельствам дела предвидеть этот факт. Если да, то должник виновен и должен нести ответственность. Если нет,— он не виновен и поэтому не должен привлекаться к ответственности (см., например, ст. 212 ГК КазССР).

Конечно, были и исключительные случаи безвиновной ответственности. Но исключения не нарушали общего правила.

С принятием в 1991 г. Основ гражданского законодательства, затем и Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть) изменилось и понятие вины, и ее значение для привлечения нарушителя к ответственности.

Во-первых, в прежнем понимании вина выявлялась в чисто психологических категориях (умысел, неосторожность). Ст. же 259 ГК РК раскрывает вину через поведенческие категории: нарушитель не принял всех зависящих от него мер, чтобы не допустить нарушения обязательства. При этом под виной юридического лица понимается вина его работников, проявившаяся в процессе их служебной деятельности и вызвавшая неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства (ст. 362 ГК).

Это, конечно, не означает, что умыслу и неосторожности вовсе не придается значения при оценке вины нарушителя обязательства. Конечно, придается, особенно в случаях, когда оба участника обязательства виновны в нарушении (ст. 364 ГК). Но критерий установления вины явно сместился к оценке использования должником возможности предотвращения нарушения и ограничения его объема.

Во-вторых, ст. 359 ГК устанавливает соотношение виновного и безвиновного основания ответственности не как правило и исключение, как это было прежде (ст. 212 ГК КазССР), а как равнозначные основания, но применяемые в разных видах гражданских правоотношений (предпринимательская и непредпринимательская деятельность).

Субъект, нарушивший обязательство, не связанное с его предпринимательской деятельностью, отвечает за нарушение, если он виновен в нем.

При этом должник может быть привлечен к ответственности не только тогда, когда он виновен в нарушении уже существующего обя-

зательства, но и тогда, когда он умышленно или по неосторожности принял на себя обязанности, которые он не в состоянии исполнить.

Напротив, субъект обязательства, связанного с предпринимательской деятельностью, отвечает за его нарушение и тогда, когда его личной вины в нарушении не было, когда обязательство не было исполнено надлежащим образом по обстоятельствам, объективно не зависящим от должника.

Такая безвиновная ответственность опирается на риск, свойственный предпринимательству. Предприниматель, вступая в обязательство, сознательно берет на себя риск неисполнения (субъективный риск предпринимателя) и не вправе перекладывать убытки от допущенного нарушения на своего хозяйственного партнера или потребителя, ссылаясь на свою безвиновность.

Безвиновная ответственность предпринимателя за нарушение обязательства, как проявление предпринимательского риска вытекает также из ст. 360 ГК, которая так и именуется «Предпринимательский риск в обязательстве». Статья гласит, что «если обязательством предусмотрено исполнение какой-либо работы по заказу предпринимателя, риск невозможности или нецелесообразности использовать результаты работы возлагается на предпринимателя. Лицо, надлежащим образом исполнившее работу, вправе получить оплату, соразмерно степени исполнения, кроме случаев, когда договором предусмотрено иное распределение предпринимательского риска».

Из приведенного текста Закона вытекает, что все заказы предпринимателя, все полученные им товары, работы и услуги должны быть надлежащим образом оплачены, хотя бы последующее использование таких товаров, результатов работ или услуг оказалось для предпринимателя невозможным и нецелесообразным.

И здесь, таким образом, проявляется безвиновная ответственность предпринимателя.

В Алматы, например, фирма вела переговоры с турецкой строительной компанией о постройке в городе большого торгового здания. В связи с этим юридической фирме было поручено подготовить проект договора о проектировании и строительстве здания. Когда же проект был подготовлен, фирма-заказчик отказалась принять и оплатить работу по мотивам разрыва переговоров с турецкой строительной компанией. Такой отказ по оценке арбитражного суда был неправомерным.

Но и в предпринимательских обязательствах основание ответствен-

ности за нарушение не безграничное, ибо не охватывает случаи, вызванные непреодолимыми для нарушителя обстоятельствами, которые в законе (см., например, ст. 183 ГК) или на практике принято называть непреодолимой силой или форс-мажорными обстоятельствами. Здесь уже можно говорить об объективном риске. Неисполнение предпринимателем обязательства вследствие непреодолимой силы освобождает его от ответственности за нарушение.

Связь обязательства с предпринимательством учитывается и тогда, когда обязательство возникает между предпринимателями, и тогда, когда второй участник в данном обязательстве выступает не в качестве предпринимателя.

Например, гражданин заказывает строительной фирме построить дом для собственного проживания. Как известно, обязанности по такому договору несет и заказчик, и подрядчик. Заказчик (не предприниматель) несет ответственность за нарушение обязанностей перед подрядчиком лишь при наличии вины. Подрядчик же будет отвечать, даже если докажет свою невиновность в неисполнении.

Безвиновная ответственность применятся в силу прямого указания закона или договора. Закон, в частности, привязывает ее к ряду обязательств, не связанных с предпринимательской деятельностью: возмещение ущерба, причиненного источником повышенной опасности (ст. 931 ГК), возмещение вреда, причиненного незаконными действиями государственных органов (ст. 922 ГК), за вред, причиненный гражданину незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда (ст. 923 ГК), за ущерб, причиненный жизни, здоровью или имуществу гражданина недостатками товаров, работ, услуг (ст. 947 ГК), ответственность продавца за недостатки проданного товара (ст. 429 ГК).

Все больше распространяется гарантийная ответственность, при которой должник принимает на себя гарантию надлежащего исполнения. Особенно это касается качества предмета обязательства. Гарантия на качество выдается при поставке, купле-продаже изделия, при строительных или ремонтных работах и в некоторых других случаях. Гарантийная ответственность должна наступать и при безвиновном нарушении обязательства.

Правило, предусмотренное ст. 359–360 ГК, носит не императивный, а диспозитивный характер. Это значит, что стороны по своему соглашению вправе установить иные основания ответственности, в том

числе — и за нарушение обязательства, связанного с предпринимательской деятельностью. П.3 ст. 359 ГК установлено лишь одно исключение: составленное заранее соглашение, освобождающее от ответственности должника за умышленное нарушение обязательства, является недействительным.

В отличие от уголовного права, где обвиняемый предполагается невиновным в совершении преступления, пока его вина не будет доказана и установлена судом (действует презумпция невиновности), при нарушении гражданского обязательства нарушитель, как правило, предполагается виновным и потому может быть привлечен к ответственности. Для этого кредитору достаточно доказать, что со стороны должника имело место нарушение, и оно вызвало убытки в определенном размере. Когда же ответственность сведена к неустойке, доказывается лишь факт нарушения.

В такой ситуации должник, желающий освободиться от ответственности, обязан доказать, что он не виновен в нарушении, т.е. что он принял все зависящие от него меры для недопущения нарушения.

Таким образом, в сфере гражданских обязательств действует презумпция виновности нарушителя, он предполагается виновным в силу самого факта неисполнения либо ненадлежащего исполнения обязательства, пока не докажет свою невиновность. Лишь в исключительных случаях, установленных законодательством, вина нарушителя должна быть доказана кредитором.

На практике вина нарушителя нередко связывается с самим фактом нарушения.

Если, например, артист не явился на концерт, который в связи с этим отменили, устроитель концерта может заявить: концерт сорван по вине артиста. Между тем, здесь легко различить факт нарушения и вину в нарушении. Неявка сама по себе — это нарушение контракта на проведение концерта. Но причины неявки могут быть различными:

а) артист не явился потому, что занялся другими, более важными для себя делами, не позаботился о транспорте, забыл, наконец, о выступлении. Здесь не только нарушение, но и вина артиста в нарушении;

б) артист не явился потому, что перед самым концертом упал, сломал ногу и попал в больницу. Нарушение контракта налицо, но нет вины в нарушении.

Нарушение и вина в нарушении тесно связаны. Нарушение — объективный факт, и если его нет, то вопрос о вине не возникает. При появле-

нии нарушения вина нарушителя служит субъективным основанием ответственности.

Факт нарушения должен доказать пострадавший от нарушения кредитор. Предположение же о вине возникает из самого нарушения, как об этом было сказано выше (презумпция виновности нарушителя). В отличие от уголовного в гражданском праве вина, вина, ее степень, субъективное отношение должника к допущенному им нарушению (умысел, заведомость, небрежность и т. п.) служат основанием ответственности, но не мерилом ее объема, как это имеет место при определении тяжести наказания за уголовное преступление. Степень вины учитывается лишь в некоторых, предусмотренных законом случаях (например, ст. 364 ГК, говорящей об учете вины кредитора по обязательству).

Значение вины кредитора для ответственности должника за нарушение обязательства.

Ст. 364 ГК устанавливает, что «если неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства произошло по вине обоих сторон, суд соответственно уменьшает размер ответственности должника. Суд также уменьшает размер ответственность должника, если кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением, либо не принял разумных мер к их уменьшению».

Статья ориентируется на случаи, когда в неисполнении либо ненадлежащем исполнении обязательства виновен не только должник, но и кредитор, который со своей стороны не принял от него зависящих мер, чтобы не допустить либо максимально ограничить объем убытков. Размер ответственности при этом может быть уменьшен с учетов формы и степени вины и должника, и кредитора. Так, при пробной эксплуатации вновь построенной железнодорожной ветки произошел сход с рельсов товарного поезда. Расследование установило, что виновными были и строительная организация (недостаточно укреплено полотно пути), и заказчик строительства (превышен предельный вес поезда). Суд вынес решение о возмещении заказчику убытков от крушения поезда в половинном размере.

Вина кредитора может проявиться в любой форме и любой степени. Но в некоторых обязательствах ответственность должника за ущерб, причиненный кредитору, уменьшается не при всякой вине последнего, а лишь при его умысле либо грубой неосторожности (см., напр., ст. 935 ГК).

Если должник требует уменьшения размера ответственности (возмещенных убытков или неустойки), ссылаясь на вину кредитора, он (должник) обязан доказать и наличие такой вины и ее степень.

Сопоставление вины должника с виной кредитора для определения меры ответственности при нарушении обязательства может применяться и тогда, когда должник несет ответственность независимо от своей вины. Так, предприниматель должен возместить убытки, вызванные его нарушением обязанности перед клиентом, даже если нарушение не зависело от вины предпринимателя — постройка жилого дома не завершена к сроку из-за отсутствия на рынке нужных строительных материалов. Но если клиент при этом оказался виновным в задержке (например, не принял, как это было предусмотрено договором, привезенные материалы), то сумма убытков, подлежащих возмещению строителем, может быть соразмерно уменьшена.

С учетом вины кредитора можно сделать еще одно сопоставление вины в уголовном праве с виной в гражданском праве. Уголовное право различает неосторожную и умышленную вину. Каждая в двух формах: преступная небрежность и преступная самонадеянность, прямой умысел и косвенный умысел. Точное определение вида и формы вины может весьма существенно повлиять на меру наказания. В гражданском же праве различаются простая неосторожность, грубая неосторожность, умысел. Различие между ними может повлиять на решение вопроса о привлечении к ответственности, но не на ее размер. Кроме предусмотренных законодательством случаев, когда размер ответственности определяется с учетом степени вины в одном и том же нарушении и должника и кредитора.

Ответственность за нарушение обязательства работниками должника или третьими лицами

Стремление повысить чувство ответственности за надлежащее выполнение обязательства и уровень защиты интересов потребителей вызвало необходимость установить ответственность должника не только за собственные правонарушающие действия, но также за действия других лиц, участвующих в исполнении обязательства. Ст. 362, 363 ГК предусматривают, что должник отвечает за действия: а) своих работников; б) лиц, на которых должник возложил исполнение своего обязательства; в) лиц, от действия которых зависит исполнение должником своего обязательства.

Так, ст. 362 ГК определяет, что «действия должностных лиц либо

иных работников должника по исполнению его обязательства считаются действиями должника. Должник отвечает за эти действия, если они повлекли неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства».

Действия должника — юридического лица проявляются в действиях его работников, исполняющих обязательства или принимающих исполнение. Поэтому юридическое лицо должно отвечать за действия (бездействие) своих работников как за собственные действия. И вина юридического лица выражает вину его работников, не принявших всех необходимых мер, чтобы обязательства были исполнены надлежащим образом.

Но юридическое лицо отвечает только за такие действия своих работников, какие совершаются в связи с исполнением служебных обязанностей: неполучение поступивших товаров, несвоевременное направление в банк платежных документов и т. п. Следовательно, если работник совершает неправомерные поступки, не исполняя при этом служебных обязанностей (например, не оплатив магазину купленную для себя мебель), юридическое лицо не несет ответственности за такие действия.

Юридическое лицо, выплатив суммы ответственности за служебные нарушения работников, вправе требовать от них возмещения своих расходов. Но эта регрессная ответственность работника перед юридическим лицом, в котором он работает, опирается не на гражданское, а на трудовое законодательство, предусматривающее иные основания ответственности и иной ее размер.

На практике возможны случаи, когда должником по обязательству выступает не юридическое, а физическое лицо, исполняющее обязательства через своих работников. Это, например, бывает при осуществлении гражданином предпринимательской деятельности без образования юридического лица. И в этих случаях работодатель отвечает за действия своих работников, непосредственно исполняющих обязательство, на таких же условиях, какие рассмотрены выше.

Нередко предприниматель — должник передает совершение действий по исполнению своего обязательства не тем, кто работает у него по трудовому контракту, а лицам, с которыми заключает гражданско-правовой подрядный или иной подобный договор. Подрядчик в таком случае выступает в обязательстве от имени должника, и тогда вся ответственность за действия подрядчика также ложится на должника.

На сходных основаниях ст. 363 ГК определяет ответственность дол-

жника за действия третьих лиц, которые привели к невозможности надлежащего исполнения обязательства.

Так, ч. 2 п. 1 ст. 363 ГК устанавливает, что должник несет перед кредитором ответственность за действия и бездействия третьих лиц, на которых должником было возложено исполнение его обязанности перед кредитором.

Здесь имеются в виду случаи, когда должник поручает третьим лицам исполнить полностью или частично свое обязательство перед кредитором. Например, оптовая организация — поставщик, обязанная поставлять товары розничным магазинам, поручает заводу — изготовителю, у которого закупило большую партию товаров, направит их по своей разнарядке непосредственно розничным магазинам, являющимся ее покупателями.

В судебной практике был случай, когда поставщик отправил покупателю партию рабочих тракторов. Договор поставки предусматривал, что тракторы поставляются в комплекте со всеми навесными орудиями, которые должен был отгрузить покупателю непосредственно завод — изготовитель.

В обоих случаях поставщик поручил непосредственное исполнение договоров перед покупателем полностью (как в первом примере) либо частично (как во втором) производителям товаров.

И если непосредственный исполнитель нарушает обязательство, вытекающее из договора поставки, заключенного другим лицом (поставщиком), ответственность за действия исполнителя перед покупателем несет поставщик, так как нарушен заключенный им договор.

Предъявление пострадавшим кредитором претензий к непосредственным исполнителям, как правило, невозможно, так как между кредитором и исполнителем не было договора, значит, не было обязательства.

Из общего правила закон устанавливает иногда исключение, возлагая ответственность за нарушения обязательства не на того, у кого куплен товар или кто принимал заказ на исполнение работ, а непосредственно на изготовителя товаров или производителя работ (см., например, п. 3 ст. 428 и п. 1 ст. 948 ГК).

Ч. I п. 1 ст. 363 ГК предусматривает несколько иную ситуацию: третье лицо не исполняет или ненадлежаще исполняет обязательство непосредственно перед должником. И в следствие этого сам должник нарушает обязательство перед кредитором.

Завод, например, изготовляющий и поставляющий покупателю сложное изделие, заказывает комплектующие детали для сборки у других заводов. Один из таких заводов задержал отгрузку деталей, вследствие чего изготовитель и поставщик конечного изделия (должник по основному обязательству) не смог его вовремя изготовить и отправить покупателю (кредитору по основному обязательству).

Поставщик конечного изделия отвечает перед покупателем за действия поставщика деталей.

Во всех подобных случаях должник может освободиться от ответственности за действия третьих лиц, если докажет, что не было оснований (т.е. оснований, предусмотренных ст. 159 ГК) для привлечения к ответственности непосредственных исполнителей (изготовителей).

Разумеется, должник по основному обязательству отвечает перед кредитором за действия третьих лиц лишь в силу того, что сам по договору с этими третьими лицами поручает им совершение действий, обеспечивающих исполнение им (должником) своих обязанностей перед кредитором. Значит, не исполнив порученных действий, третье лицо нарушило собственные обязательства перед должником. И оно должно нести за это ответственность, но не перед кредитором по основному обязательству, а перед должником. При этом такая ответственность возможна и тогда, когда кредитор по основному обязательству не будет привлекать своего должника к ответственности.

Возможна и такая ситуация, когда привлеченный к ответственности за действия третьих лиц должник выплатил кредитору надлежащую сумму, превышающую по размерам ту сумму, которую должник получил или может получить в качестве ответственности с третьего лица по договору последнего с должником.

Например, завод, выпускающий телевизоры, приостановил их отгрузку потребителям, так как завод — изготовитель картонных коробок для затаривания телевизоров задержал поставку коробок. Общая ответственность за задержку поставки составляла 5% стоимости продукции, несвоевременно отправленной покупателю. В итоге завод — изготовитель телевизоров уплатил покупателю сумму, равную 5% стоимости телевизоров, а завод — изготовитель коробок, виновный в задержке поставки телевизоров, уплатил своему покупателю тоже 5%, но от стоимости коробок. В подобной ситуации завод — изготовитель телевизоров вправе взыскать с завода — изготовителя коробок прямую неустойку, независимо от того, будет ли он сам отвечать перед

покупателем телевизоров. Если же будет, то вправе в регрессном порядке взыскать с завода — изготовителя коробок понесенные по вине последнего убытки в виде разницы между выплаченной и полученной суммой.

Таковы основания ответственности должника за действия третьих лиц, которые привел к нарушению обязательства. Вина третьих лиц рассматривается, как вина самого должника. Это значит, во-первых, что вина третьих лиц за действия, которые привели к неисполнению или ненадлежащему исполнению обязательства, предполагается. Значит, чтобы освободиться от ответственности, должник должен доказать кредитору, что третье лицо было невиновным.

Это значит, во-вторых, что должник, занимающийся предпринимательской деятельностью, должен отвечать и тогда, когда правонарушающие действия третьего лица были невиновными. Но, если сами такие лица действовали не в качестве предпринимателей, то должник, уплативший штрафные суммы за невиновные действия третьих лиц, не вправе взыскать с них свои убытки в регрессном порядке, так как они (третьи лица), не будучи предпринимателями, не несут ответственности перед должником при отсутствии вины в нарушениях.

Например, А — знакомый предпринимателя Б — продавца дорогостоящих мехов должен был поехать по своим делам в другой город, где клиент предпринимателя ожидал доставку купленных мехов. Предприниматель попросил знакомого доставить меха покупателю. По дороге, во время ночной стоянки, машина А была ограблена. Грабители унесли меха. Б обязан ответить перед покупателем за неисполнение обязательства, но Б не сможет привлечь к ответственности А, если он был не виноват в ограблении машины.

Норма об ответственности должника за действия своих работников (ст. 362 ГК) не может быть изменена его соглашением с кредитором, ибо носит императивный характер. Напротив, норма об ответственности должника за действия третьих лиц, не являющихся его работниками (ст. 363 ГК), может быть изменена соглашением должника с кредитором.

ПРИЧИННАЯ СВЯЗЬ КАК УСЛОВИЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ[1]

О. Иоффе

§ 1. Убытки, как результат гражданского правонарушения

1. Проблема причинной связи имеет актуальное теоретическое и практическое значение не только для науки советского гражданского права. Она представляет также большой интерес и для других отраслей советской юридической науки. Особенно интенсивному исследованию эта проблема подвергается в науке уголовного права. Существует, однако, известная специфика в самой постановке вопроса о причинной связи в науке советского гражданского права по сравнению с тем, как этот вопрос ставится в советской криминалистической науке.

В области уголовного права причинная связь составляет лишь один из возможных, но отнюдь не обязательных элементов объективной стороны состава преступления, так как уголовная ответственность наступает не только за законченное преступление, но также и за покушение или даже приготовление. Поэтому в целом ряде уголовных дел вопрос о причинной связи вообще не ставится. Так, Л. обвинялся в том, что совершил покушение на убийство М. и в этих целях завязал ей веревками горло и руки; А. осуждена за то, что она систематически занималась скупкой и перепродажей растительного масла; М. привлекался к ответственности за то, что, будучи председателем колхоза, он при составлении справки о состоянии животноводства колхоза, злоупотребляя своим служебным положением, указал количество скота на 63 головы больше, чем было в наличии. Во всех этих и иных подобных делах у суда не было никакой необходимости обращаться к выяснению причинной связи, так как ответственность устанавливалась им за самые запрещенные законом действия, хотя бы они и не повлекли за собой каких-либо последствий.

[1] Настоящая публикация представляет собой один из раздело в монографии О. С. Иоффе «Ответственность по советскому гражданскому праву», изданной в 1955 г. и являющейся его докторской диссертацией. Автор внес изменения в текст, главным образом, за счет исключения некоторых не представляющих интереса для современного читателя положений. Также с согласия автора были произведены редакционные поправки технического характера (*примеч. ред.*).

В области гражданского права ответственность наступает, в виде общего правила, лишь за причиненный результат и обычно выражается в форме его устранения, путем возмещения убытков. Даже в тех случаях, когда действующее гражданско-правовое законодательство и заключенные на его основе договоры предусматривают штрафную ответственность, для привлечения к которой достаточно доказать самый факт правонарушения, наступивший результат сохраняет практическое значение не только потому, что закон вводит штрафы, считаясь с возможностью отрицательных последствий (например, при просрочке исполнения или ненадлежащем исполнении), но еще и потому, что, доказав действительный объем этих последствий, потерпевший вправе взыскать также и возмещение убытков. Ввиду такого значения наступивших последствий для привлечения к гражданско-правовой ответственности, в учении о гражданском правонарушении нет надобности обращаться ни к понятию стадиальности, ни к категории приготовления и покушения. Вместо известной уголовному праву объективной стороны, как одного из элементов состава преступления в составе гражданского правонарушения применяется несколько более узкая, но в то же время вполне завершенная категория — категория причинной связи.

Уже из самого понятия причинной связи следует, что она включает в себя, как наступивший результат, так и вызвавшие его причины, а также причинно-следственную зависимость между ними. Мы начнем с характеристики результата, имеющего значение для гражданско-правовой ответственности, чтобы затем перейти к изучению вызывающих его причин и уже вслед за этим обратиться к анализу причинной связи непосредственно.

2. Последствия, вызываемые неправомерным поведением, именуются в действующем законодательстве убытками. «Строго говоря,— пишет Л. А. Лунц,— термин «причиненные убытки» является неточным, ибо неисправный должник (или правонарушитель) причиняет не убытки в их денежном выражении, а причиняет ущерб в натуральной форме», а под убытками Л. А. Лунц понимал «денежную оценку того ущерба, который причинен неисправным должником, делинквентом»[374] . Но если согласиться с этой точкой зрения, то придется признать, что когда возникают убытки при отсутствии ущерба (например, неполучение плановой прибыли), они вообще не являются следствием поведе-

[1] *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Общее учение об обязательстве.— М., 1950.— С. 365.

ния правонарушителя, который, по мнению Л. А. Лунца, причиняет убытки лишь постольку, поскольку он причиняет ущерб. Поэтому следует прийти к выводу, что, «строго говоря», правонарушитель причиняет именно убытки, которые иногда могут быть также и формой причиненного им ущерба.

В статье 117 ГК[1] убытки подразделяются на положительный ущерб в имуществе и упущенную выгоду. Учитывая терминологию, утвердившуюся в практике арбитражных органов применительно к отношениям между организациями, а также исходя из природы доходов, извлекаемых гражданами, упущенная выгода будет впредь нами именоваться соответственно неполученной прибылью или утраченным доходом.

Разграничение двух названных видов убытков представляет практический интерес, независимо от того, придерживаться ли мнения о целесообразности их полного возмещения либо настаивать на ограничении материальной ответственности лишь пределами положительного ущерба в имуществе. В первом случае приведенная классификация практически важна постольку, поскольку лишь при этом условии в рассмотрении каждого отдельного дела будут исключены ошибки, вследствие которых неполученная прибыль иногда вообще не признается убытками. Так, например, Ленторг неоднократно возбуждал дела против Леноблпромсоюза о возмещении убытков, вызванных тем, что ответчик, подготовив снижение цен на выпускаемую им продукцию, буквально накануне открытия ее продажи по сниженным ценам в своих собственных магазинах сдавал значительную часть этой продукции истцу по старым ценам. Вследствие этого Ленторг, также, естественно, снижавший розничную цену на полученные им товары, лишался части запланированной для него прибыли. Ленинградский городской арбитраж, рассматривавший эти дела, неизменно отклонял иски Ленторга, считая, что последний никаких убытков не понес, поскольку и сниженная розничная цена была достаточной для покрытия произведенных им расходов по закупке и реализации продукции промысловой кооперации. Между тем неполученная часть прибыли тоже относится к разряду убытков и должна быть компенсирована, если придерживаться принципа полного возмещения убытков.

---

[1] Ст. 117 ГК РСФСР 1922 г.: «В случае неисполнения должником обязательства он обязан возместить кредитору причиненные неисполнением убытки. Под убытками разумеется, как положительный ущерб в имуществе, так и упущенная выгода, возможная при обычных условиях оборота» (*Примеч. ред.).*

Если же, напротив, считать, что возмещению подлежит только положительный ущерб в имуществе, то выделение в особую классификационную рубрику неполученной плановой прибыли, а в подлежащих случаях утраченного дохода, уже не только целесообразно, но и абсолютно необходимо, так как лишь при этом условии практически осуществимо ограничение объема ответственности теми узкими пределами, на которых настаивают некоторые авторы. Но четкое разграничение названных видов убытков иногда затрудняется вследствие тесной взаимосвязи, существующей между ними в целом ряде встречающихся в практике случаев.

Приведем лишь один пример. По единичным расценкам (т. е. расценкам на единицу измерения выполняемых работ), которые применялись в подрядных договорах, заключаемых Ленинградским строительным трестом, предусматривались накладные расходы по доставке кирпича на расстояние 7 км. Однако заказчики нередко вручали тресту фонды на получение кирпича из более отдаленных местностей, что приводит к увеличению накладных расходов и завышению стоимости строительных работ. К какому виду убытков эти последствия должны быть отнесены? Если их связывать только с увеличением накладных расходов, налицо положительный ущерб в имуществе. Но так как увеличение стоимости строительных работ ложится на подрядчика и поглощает часть запланированной для него прибыли по данной стройке, наступившие последствия могут быть отнесены и ко второму виду убытков, а именно — к неполученной прибыли.

Что же представляют собой убытки, выступая в качестве положительного ущерба в имуществе, с одной стороны, и неполученной плановой прибыли или утраченного дохода — с другой?

Оценить наступивший результат, как убыток или как отдельную разновидность последнего возможно только под углом зрения общественных отношений, в сфере которых этот результат наступил. Расходы, производимые хозорганом в целях приобретения сырья, топлива, материалов, необходимых для нормального производственного процесса, не являются убытками: они представляют собой правомерное авансирование денежных средств, которые будут окуплены в результате последующей производственной деятельности данного хозоргана. Но если перечисленные предметы не будут поставлены договорными контрагентами хозоргана-получателя, расходы, произведенные последним в порядке подготовки к принятию исполнения, превратятся в убытки. С чисто

натуралистической точки зрения в обоих случаях перед нами произведенные расходы, в которых непосредственно не проявляется ни их целесообразность, ни их убыточность. Напротив, с точки зрения характера общественных отношений, с которыми производство соответствующих расходов связано, последние выражаются по-разному, в зависимости от того, были ли эти отношения осуществлены нормально или они подверглись нарушению.

Точно таким же образом обстоит дело и с отдельными видами убытков. Если положительный ущерб в имуществе еще и можно представить в виде естественно осязаемого результата, особенно в случаях его связи с уничтожением либо повреждением тех или иных ценностей, то неполучение прибыли, рассуждая натуралистически,— это скорее не наступивший результат, нежели реально возникшее последствие. Но тот же факт приобретает совершенно иное качество, если его рассматривать под углом зрения имущественных отношений, в сфере которых он наступил. Имущество в его широком понимании представляет собой совокупность не вещей, а прав и обязанностей, принадлежащих данному лицу, и, следовательно, выражает определенный комплекс общественных отношений, участником которых это лицо является. Нарушить общественные отношения — значит оказать отрицательное воздействие на их развитие либо путем снижения уже достигнутого уровня, либо путем создания препятствий на пути к его дальнейшему подъему. В этом именно и проявляется различие между двумя видами убытков, предусмотренными действующим законодательством.

Предположим, например, что убытки, причиненные автотранспортной организации несвоевременной поставкой ей запасных частей, складываются из выплаченной шоферам заработной платы за время простоя автомашин, накладных расходов по содержанию горючего и амортизационных отчислений, а также прибыли, не полученной вследствие простоя. В деньгах, действительно израсходованных автотранспортной организацией, представлен уже вложенный ею ранее труд, который, однако, утратил качество общественно необходимого труда, так как его результаты оказались направленными на удовлетворение нужд, возникших единственно вследствие правонарушения. Здесь наблюдается, следовательно, снижение уже достигнутого уровня развития данной совокупности общественных отношений. Напротив, в прибыли, не полученной потерпевшим, представлен не израсходованный труд, а то рабочее время, которое было хозорганом утрачено вследствие правонарушения и в

продолжение которого могли бы быть произведены новые затраты общественно необходимого труда с достижением определенного производственного эффекта. Здесь уже имеет место создание известных препятствий в деле дальнейшего развития и подъема общественных отношений, в области которых правонарушение было совершено.

Таким образом, убытки, как необходимый элемент гражданского правонарушения отражаются на общественных отношениях, закрепленных и урегулированных в нормах гражданского права. Если причиненные убытки вызывают снижение уже достигнутого уровня развития этих отношений, выражаясь либо в непроизводительных затратах, либо в уничтожении или повреждении имущественных ценностей,— они называются положительным ущербом в имуществе. Неполученной прибылью или утраченным доходом убытки именуются в тех случаях, когда они заключают в себе препятствие на пути к достижению нового, более высокого развития данных общественных отношений, что получает свое выражение в стабильном, неизменном состоянии имущества, принадлежащего потерпевшему.

Если убытки действительно причиняются вследствие нарушения гражданско-правовой обязанности договорного или недоговорного характера, они чаще всего заключают в себе одновременно обе формы убытков, предусмотренных ст. 117 ГК. При этом судебно-арбитражные органы, удовлетворяя иски о возмещении убытков, нередко обходятся без обсуждения вопроса о том, из каких разновидностей последние складываются. Подобный вопрос не возникал, в частности, перед Ленинградским городским арбитражем при рассмотрении дела об оплате подрядной организации части строительных работ, выполненных для больницы и не принятых заказчиком ввиду последовавшего изменения технической документации. Решением арбитража больница обязывалась оплатить подрядчику стоимость работ в сумме 9 300 руб. в соответствии со сметными расценками и только. Однако анализ составных частей, входящих в эту сумму, не оставляет никаких сомнений в том, что ею компенсируются, как затраты, произведенные подрядчиком, так и прибыль, которая приходится на выполненную часть работ.

И все же в разграничении двух видов убытков, предусмотренных ст. 117 ГК, нет практической необходимости при рассмотрении лишь таких дел, по которым истцы добиваются оплаты выполненных работ, оказанных ими услуг, поставленных товаров и т. п., поскольку при калькуляции цен на соответствующие виды деятельности или готовую про-

дукцию учитывается и себестоимость, и прибыль. Напротив, как только предъявляется иск о возмещении убытков, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением договора, либо причинением вреда,— разграничение положительного ущерба в имуществе и всех прочих убытков составляет необходимое условие правильного разрешения дела по существу.

В ряде дел, встречающихся в арбитражной практике, предъявляются иски о возмещении только положительного ущерба в имуществе. Вопрос же о возмещении прибыли в делах этого рода не ставится потому, что либо у истца нет необходимых данных для определения ее размера, либо, выполнив план по всем его показателям, несмотря на неисправность его контрагентов, истец извлекает запланированную прибыль, хотя ему и не удается полностью компенсировать положительный ущерб, вызванный правонарушением. Такие иски неизменно удовлетворяются арбитражными органами в их действительно доказанных размерах.

Бывают, однако, случаи, когда правонарушение, вовсе не причиняя положительного ущерба в имуществе, вызывает, тем не менее, утрату прибыли полностью или в определенной части. Подобные явления наиболее вероятны в отношениях по поставке продукции торгующим организациям. База Главтекстильсбыта, заключая с Ленторгом договор на поставку китайского шелка, пыталась навязать получателю материал только одной, белой расцветки, и только этот материал действительно поставлялся ею в течение первых месяцев года, вплоть до разрешения спора об ассортименте в арбитраже. Так как в зимние месяцы спрос на китайский шелк белой расцветки невелик, он залеживался на складах получателя значительно дольше, нежели продолжительность периода оборота, установленного для торговой сети по товару данного вида. Никакого положительного ущерба в имуществе получатель не понес, однако на объем прибыли, извлеченной им в первом квартале, это обстоятельство не могло не оказать отрицательного воздействия. Сталкиваясь с делами такого рода, арбитражные органы обязаны учитывать, что замедление оборота в области торговли в наших условиях, в условиях постоянно возрастающего спроса населения, может произойти в силу только одной причины — неудовлетворительного обслуживания интересов покупателя, затоваривания магазинов продукцией определенных видов в большем объеме, чем в них нуждается население, или направления в торговую сеть товаров, которые по своему качеству не отвечают потребностям граждан.

В настоящее время, когда ассортимент товаров, поступающих в торговую сеть, определяется на основе изучения спроса населения торговыми организациями, последние в первую очередь и должны нести ответственность за неправильное обслуживание потребителя. Но если ассортиментные запросы торгующих организаций не удовлетворяются хозорганами-производителями, ответственность за вызванное этим замедление торгового оборота должна быть возложена на них, в том числе и в тех случаях, когда торгующие организации обоснованно настаивают на возмещении неполученной прибыли, не ставя вопроса о компенсации положительного ущерба в имуществе.

3. Одновременно с уже охарактеризованной классификацией убытков последние зачастую подразделяются также на убытки прямые и косвенные.

Подвергая анализу эту классификацию, М. М. Агарков правильно исходит из того, что различие между прямыми и косвенными убытками определяется различием в характере причинной связи между противоправным поведением и наступившим результатом. Допускаемая им ошибка в общих выводах, относящихся к понятию прямых и косвенных убытков, обусловлена его ошибочной трактовкой причинной связи, как типичной, когда причиняются прямые убытки, и нетипичной, когда возникают убытки косвенные[1]. Критика, которой Л. А. Лунц подвергает взгляды М. М. Агаркова по этой линии, является безусловно обоснованной и справедливой. Но не прав и сам Л. А. Лунц, когда он утверждает, что «ограничение ответственности лишь так называемыми прямыми убытками является по существу отступлением от общего принципа полного возмещения»[2].

Во-первых, этот вывод не обоснован практически, ибо возлагать на правонарушителя ответственность за косвенные убытки — значит, по существу исходить из принципа не полного возмещения, а неограниченной ответственности. Идти по такому пути практика не может. Ленинградский областной арбитраж, например, отклонив иск Холодильника Ледхладопрома о взыскании с базы Главрыбсбыта за необеспечение своевременной выгрузки прибывшего в ее адрес вагона с рыбными изделиями всей суммы штрафов, взысканных с истца Управлением Октябрьской железной дороги за простой еще 32 вагонов, которые не могли быть поданы на разгрузочную площадку до тех пор, пока не

[1] См.: Гражданское право.— М., 1944.— Т. 1.— С. 380–381.

[2] *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Указ. соч.— С. 372.

была завершена разгрузка вагона, адресованного базе. В решении арбитража правильно отмечалось, что если бы база должна была нести ответственность за всю цепь событий, развернувшихся в результате задержки ею под разгрузкой одного вагона, трудно было бы объяснить, почему надлежит остановиться только на 32-м вагоне, а не на всех вообще задержках на транспорте, косвенно связанных с этим обстоятельством.

Во-вторых, вывод Л. А. Лунца ошибочен в теоретическом отношении и находится в прямом противоречии с собственными взглядами автора на понятие причинности. Л. А. Лунц отвергает теорию типичной причинной связи и исходит в своем анализе из деления видов причинности на необходимую и случайную. Следовательно, с его точки зрения, прямые убытки необходимо связаны с неправомерным поведением, а косвенные убытки случайно связаны с ним. Почему же косвенные убытки должны возмещаться и почему отказ в их компенсации противоречил бы принципу полного возмещения? Видимо, только потому, что, отвергнув предложенный М. М. Агарковым критерий типичной и нетипичной причинности, Л. А. Лунц в определении прямых и косвенных убытков сам опирается на этот критерий. Но так как и нетипичная причинная связь, включающая в себя, по мнению Л. А. Лунца, косвенные убытки, может быть необходимой, то он и настаивает на возмещении косвенных убытков.

В действительности же проблема разграничения прямых и косвенных убытков ничем не отличается от общей проблемы причинной связи в гражданском праве: прямые убытки находятся в юридически значимой причинной связи с неправомерным поведением, которая отсутствует при наступлении косвенных убытков. Следовательно, в данном случае не существует двух проблем, которые можно было бы разрешить независимо друг от друга. Перед нами единая проблема — проблема причинной связи между противоправным поведением и наступившим результатом.

§ 2. Неправомерное поведение, как причина убытков

1. Причинная связь рассматривается в юридической науке не общим образом, а лишь в качестве одного из необходимых условий привлечения к ответственности. Поэтому и юридическое значение приобретает не всякая вообще причина, а лишь поведение человека, если оно

способствовало наступлению неправомерных последствий[1]. Необходимо со всей решительностью отвергнуть всякие попытки толковать те или иные нормы гражданского права в том смысле, что они якобы предполагают возложение ответственности за результат, причиненный не деятельностью человека, а силами природы или свойствами вещей. Повышенную опасность, в применении к которой обычно и высказывают подобные мнения, представляют, в смысле статьи 404 ГК[2], не силы природы или свойства вещей сами по себе, а деятельность человека, связанная с упомянутыми объектами. Именно потому, что ответственность и здесь является результатом поведения человека, причинившего ущерб, она способна выполнить воспитательно-предупредительную, стимулирующую функцию, несмотря на то, что ее возложение закон не связывает с виною причинителя.

Поведение человека выражается, как известно, в двух формах — в форме действия и бездействия.

Причиняющая сила действия бесспорна и сомнений не вызывает. Действие представляет собой активную форму деятельности, при помощи которой человек, опираясь на познанные им объективные законы природы и общества, осуществляет активное вмешательство в окружающую его действительность.

Однако не всякая деятельность является общественно полезной. Определенным действиям придается юридическое значение для того, чтобы воспрепятствовать их совершению, поскольку они могут вызвать последствия, противные интересам общества, тормозящие его дальнейшее развитие. Такие действия являются противоправными, и против них закон ведет решительную борьбу всеми имеющимися в его распоряжении средствами.

[1] Здесь, как и на всем протяжении данной работы, мы оставляем в стороне случаи, сходные с ответственностью, но по существу остающиеся за ее пределами. Например, в области страхования в качестве причины выступает обычно не поведение человека, а силы природы. Но и выплата страхового возмещения представляет собой не ответственность в строгом значении этого слова, а выполнение обязанности, составляющей основную цель договора страхования.

[2] Ст. 404 ГК РСФСР 1922 г.: «Лица и предприятия, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающих, как-то: железные дороги, трамваи, фабрично-заводские предприятия, торговцы горючими материалами, держатели диких животных, лица, возводящие строения и иные сооружения, и т.п. отвечают за вред, причиненный источником повышенной опасности, если не докажут, что вред возник вследствие непреодолимой силы либо умысла или грубой небрежности самого потерпевшего» (*Примеч. ред.*).

Но если причиняющая сила неправомерных действий никем не отрицается, то вопрос о так называемой каузальности бездействия вызвал весьма оживленную дискуссию на страницах юридической литературы. Высказанное впервые М. Д. Шаргородским мнение о том, что бездействие не причиняет и причинять не может[1], получило поддержку у ряда авторов[2] и до сих пор еще не подверглось достаточно широкой критике со стороны тех, кто этого мнения не разделяет.

Имеется ли, однако, необходимость в такой критике? Не относится ли весь этот спор к разряду бесплодных дискуссий, неспособных оказать какой бы то ни было помощи практике? Ведь и противники каузальности бездействия отнюдь не исключают ответственности правонарушителя, а лишь полагают, что бездействующий отвечает не за причиненный, а за непредотвращенный им результат.

Правильное решение вопроса о каузальности бездействия имеет бесспорное практическое значение потому, что отрицание за бездействием причиняющей силы породило бы на практике путаницу, преодолеть которую не в состоянии и сами авторы, разделяющие эту концепцию. Так, в частности, одна из этих авторов, Е. А. Флейшиц, отвергнув вначале возможность причинения бездействием, вслед за тем, правда уже по другому поводу, подвергает анализу спор между тбилисским складом и иждивенцами Алексаняна, который, находясь на территории склада, погиб вследствие обвала ворот, возводившихся трестом "Саккаромысла" по подрядному договору со складом. ГСК Верховного Суда СССР указала в определении по данному делу, что вопрос о субъекте ответственности должен быть решен в зависимости от того, находилась ли гибель Алексаняна в связи с выполнением им служебных обязанностей по трудовому договору. «Иначе говоря,— замечает по этому поводу Е. А. Флейшиц,— судебная коллегия считала, что ответственность за гибель Алексаняна должна нести та организация, с действиями которой причинно-необходимо связан несчастный случай с Алексаняном»[3].

[1] См.: *Шаргородский М.Д.* Причинная связь в уголовном праве // Уч. тр. ВИЮН.— М., 1947. Вып. 10; Он же. Преступления против жизни и здоровья.— М., 1948.— С. 96–97.

[2] См.: *Антимонов Б. С.* К вопросу о понятии и значении причинной связи в гражданском праве // тр. Науч. Сессии ВИЮН.— М., 1950.— С. 144–150; *Он же*. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности.— М., 1952.— С. 109–126; см. также: *Флейшиц Е. А.* Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения.— М., 1951.— С. 70–73.

[3] *Флейшиц Е. А.* Указ. соч.— С. 68.

Предположим, что Алексанян, будучи работником склада, находился на территории склада в силу возложенных на него служебных обязанностей. В том, что администрация склада возложила на своего работника выполнение определенных служебных обязанностей, нет ничего ни виновного, ни противоправного. Противоправно-виновным может быть лишь бездействие администрации, не обеспечившей безопасность работы потерпевшего. Но ведь автор вообще отвергает возможность причинения бездействием! Почему же в данном случае она не только признает наличие причинной связи, но и идет дальше этого, объявляя последнюю объективно-необходимой! Да потому, что здесь идет речь о правильном разрешении конкретного дела, немыслимом на почве разделяемой автором теории причинности, так как, следуя этой теории, надлежало бы признать, что если администрация склада, бездействуя, не причинила вреда, то его причинил кто-то другой, а именно — трест «Саккаромысла», на который, вопреки закону, пришлось бы возложить ответственность за результат.

Но дело не столько в непоследовательности того или иного автора, сколько в том, что последовательно проводить данную теорию на практике вообще невозможно. Предположим, что повреждение или уничтожение имущества при бездействии действительно причиняется внешними силами, не предотвращенными бездействовавшим лицом. Как, однако, быть с убытками при нарушении договорных обязательств, которые не связаны с возникновением каких-либо естественных последствий? Кто причиняет эти убытки, если в причинной связи с поведением бездействующего договорного контрагента они не состоят? Склад, арендованный для хранения сырья, пустовал в течение определенного времени потому, что сырье не было своевременно поставлено контрагентом. Арендная плата, внесенная за это время, и составляет понесенный нанимателем убыток. Что является его причиной? Если этот случай решать в соответствии с рассматриваемой теорией, то окажется, что наниматель «сам себя высек», ибо он сам причинил себе убытки, внося арендную плату, а его поставщик лишь не предотвратил этих убытков, поскольку он не поставил сырье своевременно.

Совершенно очевидная логическая несводимость теории, отрицающей причиняющую силу бездействия, влечет за собой и ее практическую неприемлемость. Ленкоопторг, организованный Ленинградским областным союзом потребительских обществ в целях реализации на комиссионных началах излишков сельскохозяйственной продукции кол-

хозов, по вине торготдела Ленгорисполкома не получил всех необходимых для ведения торговли складских помещений и торговых палаток на рынках г. Ленинграда. Это обстоятельство повлекло за собой причинение Ленкоопторгу положительного ущерба в имуществе в виде расходов по выплате заработка оказавшимся фактически незанятыми работникам прилавка и утрату прибыли, которую в виде комиссионного вознаграждения получил бы Ленкоопторг, если бы он вел торговлю в запланированных масштабах. Возможность для предъявления иска в данном случае отпадет в силу природы юридических отношений Ленкоопторга с Ленторготделом. Но убытки, тем не менее, наступили, и если бы дело было подведомственно арбитражному рассмотрению, естественно надлежало бы поставить вопрос о том, кто является причинителем убытков. Как ответить на этот вопрос, последовательно стоя на позиции отрицания причиняющей силы бездействия? Ответ, если оставаться последовательным, может быть только один: в пределах положительного ущерба в имуществе убытки причинены Ленкоопторгом и не предотвращены Ленторготделом, а неполученная прибыль, как нечто несостоявшееся, так же не является результатом, как бездействие не есть причина и потому она вообще не подлежит возмещению. Следовательно, критикуемая концепция приводит к ничем не обоснованному сужению объема ответственности правонарушителя, и избежать таких выводов можно только путем отступления от этой концепции.

Вопрос же об объеме ответственности правонарушителя — важный практический вопрос. Поэтому и проблема каузальности бездействия должна быть рассмотрена по существу, раз уж она вызывает сомнения в работах некоторых авторов, и поскольку эти сомнения рано или поздно неизбежно должны сказаться на судебно-арбитражной практике по рассмотрению гражданских споров.

2. Содержание концепции, отрицающей каузальность бездействия, сводится к следующему.

Бездействие представляет собой не форму активности человека, а вид человеческой бездеятельности. Но «причина, которая не действует, не есть причина». Во всех практически встречающихся случаях действие может причинять само по себе, тогда как бездействие само по себе никогда не причиняет,— оно всегда «причиняет» только в совокупности с какими-либо другими обстоятельствами. Это означает, что в действительности причиняет не бездействие, а какое-то внешнее обстоятельство, сопутствовавшее бездействию. Бездействие же признается

противоправным не потому, что оно причиняет, а потому, что при этом не были совершены положительные действия, которые могли бы предотвратить наступление неправомерных последствий.

По мнению авторов этой точки зрения, последняя получает особое подкрепление в том, что бездействие признается «причиняющим» в области права только в тех случаях, когда имела место юридическая обязанность действовать, тогда как бездействие, допущенное лицами, на которых такая обязанность не лежала, не признается причиной наступившего результата. Поэтому, полагают они, признание бездействия причиняющим приводит по существу к философскому идеализму, поскольку причиняющая сила бездействия оценивается при этом не объективно, а в зависимости от того, какое значение придает ему закон. Более того, причиняющая сила бездействия в ряде случаев оказалась бы зависящей и от степени виновности, допущенной правонарушителем, а это приводило бы уже к полной субъективизации причинения как основания ответственности. Так, «если сестра не произвела инъекцию, желая смерти больного, то ее деяние, безусловно, можно и должно квалифицировать как умышленное убийство. Отсюда, однако, вовсе не следует, что «больной умер, так как ему не сделали инъекцию»... Причинность от того, было ли действие врача или сестры умышленное или неосторожное, не изменяется, а все дело заключается в том, что умышленное бездействие мы караем как причинение, чего в случаях неосторожного бездействия мы не делаем»[1].

Как видно из изложенного, сторонники рассматриваемой концепции, почти не касаясь практических последствий сформулированных ими выводов и даже, наоборот, полагая, что ни к каким изменениям на практике эти выводы привести не могут, переносят центр тяжести на их философское обоснование и одновременно на доказывание полной философской несостоятельности противоположных взглядов. Глубокое заблуждение, в котором находятся эти авторы в оценке практической значимости поднятого ими вопроса, уже было нами отмечено. Перейдем теперь к его теоретическому анализу.

3. В качестве причины в ее философском понимании могут выступать лишь такие явления, которые, будучи материальными, находятся в активном состоянии. Материальность бездействия вытекает из самой природы материи как объективной реальности, данной нам в ощущении. Если бы бездействие не было материальным, а составляло лишь

[1] *Шаргородский М. Д.* Преступления против жизни и здоровья.— С. 96

внутреннее психическое состояние человека, не получившее проявления вовне, мы не могли бы ни воспринимать его, ни устанавливать ответственность за бездействие.

Относится ли, однако, бездействие к разряду активных явлений? Авторы, отвечающие на этот вопрос отрицательно, ссылаются на слова Энгельса: «Причина, которая не действует,— не есть причина»[1]. Но Энгельс тут же добавлял, что он берет при этом «отдельную причину, изолированную по времени и месту во взаимодействии мирового движения или изолируемую нашей мыслью»[2]. Поэтому авторам, отрицающим причинение бездействием со ссылкой на приведенные высказывания Энгельса, «надо доказать, что бездействие лица является чем-то изолированным, оторванным, не находящимся ни с чем во взаимодействии»[3]. В действительности же бездействие как один из видов поведения человека выражает собой определенную форму его участия в тех общественных отношениях, субъектом которых он является. И если рассматривать бездействие не изолированно, а в тесной связи и во взаимодействии с общественными отношениями, в сфере которых бездействие было допущено, его активное качество не будет уже оставлять никаких сомнений. Это обстоятельство как раз и упускается из виду авторами, которые, отрицая причинение бездействием, не замечают наступления никаких иных последствий, кроме результатов естественного порядка.

С предельной четкостью эта мысль выражена Б. С. Антимоновым, который считает, что в решении вопроса о причинной связи следует отказаться от понятия убытков как противоправных последствий, ибо «и вред и убытки — это понятия юридические и в естественной связи вещей они не возникают»[4]. Где, однако, сказано, что причинность существует только в естественной связи вещей и что ее нет в области общественных отношений? Поскольку общественные отношения, составляющие предмет правового регулирования, также подчиняются законам причинности, анализируя причинную связь, юрист не может ограничиваться одним лишь естественным сцеплением событий. Он обязан установить цепь причинности, проникающую в область отноше-

---

[1] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 14.— С. 351.

[2] Там же.

[3] *Кофман В.И.* Основные вопросы причинной связи в свете общей проблемы гражданской ответственности // Вестн. Ленингр. ун-та. 1950. № 10.— С. 122.

[4] *Антимонов Б. С.* Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении.— С. 142.

ний, в связи с которыми правонарушение было совершено, а эта цепь всегда завершается и не может не завершаться определенными последствиями общественного порядка. Б. С. Антимонов глубоко заблуждается, когда утверждает, что убытки не есть нечто реальное, а возникают лишь «в результате юридико-экономической оценки вредоносного факта»[1]. В убытках выражается определенное состояние нарушенного отношения, а это состояние носит объективный характер, независимо от того, какой юридико-экономической оценке оно подвергается.

Уяснение этих моментов сразу же устраняет и все недоразумения, которые возникают на почве критикуемой теории причинности. Если, не ограничиваясь естественными последствиями, обратиться к общественному результату правонарушения, то станет совершенно очевидным, что его могло вызвать поведение, и только поведение, человека, все равно, выражается ли оно в форме действия или бездействия.

Мать, не кормящая своего ребенка,— вот один из излюбленных примеров противников каузальности бездействия. Ребенок, говорят они, умирает не потому, что мать его не кормит, а потому, что процессы диссимиляции не были компенсированы процессами ассимиляции, в противном случае смерть не наступила бы, несмотря на бездействие матери. Мать не причинила результата. Она лишь не предотвратила действия естественно протекающих процессов.

Но разве в приведенном случае дело ограничивается только естественным фактом смерти? Разве здесь нет такого факта общественного значения, как убийство? И разве убийство было причинено тоже природными силами, а не бездействием матери?

Аналогичная ситуация складывается и при любом ином правонарушении, связанном с неправомерным бездействием. В приведенном ранее примере с арендой склада, который пустовал по вине просрочившего поставку продукции договорного контрагента, расходы, произведенные арендатором, являются правомерными и дозволенными. Убыточными же они стали не в силу действий арендатора, а вследствие бездействия его неисправного поставщика. Наступивший результат носит здесь не естественный, а общественный характер и потому он вполне может быть вызван не только действием, но и бездействием. При этом бездействие, так же как и действие, если иметь в виду общественную, а не естественную сторону дела, способно вызывать определен-

[1] Там же.— С. 143.

ные последствия как благодаря содействию внешних факторов, так и непосредственно. Когда, например, автомашина, принадлежащая таксомоторному парку, кем-либо повреждается, то между причиной, приведшей к ее повреждению, и самим фактом повреждения машины еще можно установить естественную связь. Но какая "естественная связь вещей" существует между фактом повреждения такси и неполучением определенной прибыли таксомоторным парком в продолжение времени, когда машина стояла на ремонте? Неполучение прибыли является убытком, который, в отличие от положительного ущерба в имуществе, не имеет, если можно так выразиться, своего «естественного основания», а представляет собой только общественную категорию. Перед нами причинная связь, которая не исчерпывается «естественной связью» между вещами и не может быть сведена к ней.

Б. С. Антимонов, защищая свою позицию против приведенных возражений, пишет в работе «Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности»: «Никакой другой причинной связи, кроме естественной, не существует и не может существовать. Когда О. С. Иоффе говорит о причинной связи "только как об общественной категории», он несомненно противопоставляет естественную связь явлений общественной связи явлений»[1]. В интересах истины следует отметить, что я нигде, в том числе и в рецензии на книгу Б. С. Антимонова «Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении», не утверждал, будто причинная связь является только общественной категорией. Речь шла о том, что убытки в форме неполученной прибыли представляют собой только общественную категорию, а также о том, что для права решающее значение имеет причинность, действующая (проявляющаяся) в области общественных отношений[2]. Я вновь воспроизвожу эти положения как безусловно правильные, предоставляя Б. С. Антимонову возможность опровергнуть их по существу. Нельзя, однако, согласиться с мнением Б. С. Антимонова, который полагает, что никакой другой причинной связи, кроме естественной, не существует.

Надстройка тоже находится в причинной зависимости от базиса, но мы имеем здесь дело со связью между общественными, а не естественными явлениями. В обществе, так же как и в природе, действуют объек-

[1] *Антимонов Б. С.* Гражданская ответственность за вред…— С. 105.

[2] См. рец. на кн.: *Антимонов Б. С.* Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении // Вестн. Ленингр. ун-та. 1951. № 2. С. 133.

тивные причины и факторы. Но это не дает никаких оснований переносить закономерности, действующие в природе, на область общественных явлений.

Решая положительно вопрос о каузальности бездействия, мы исходим, следовательно, из того, что, будучи материальным, оно представляет собой определенную форму участия человека в общественных отношениях, оказывает влияние на динамику этих отношений и благодаря этому вызывает известные последствия общественного порядка. Нет поэтому никаких оснований упрекать отстаиваемый взгляд в философском идеализме со ссылкой на то, что бездействуют все, а причинителем признается лишь тот, на кого закон возлагает обязанность действовать. Бездействуют все. Но не все являются участниками нарушенного общественного отношения. Подобно тому, как вообще причина может быть выявлена только в результате выделения определенных событий из общей системы взаимодействия, так и причина нарушения общественного отношения может быть выявлена только путем его выделения из общей системы общественных отношений и установления характера поведения конкретных, связанных с ним лиц. Дело при этом нисколько не изменяется от того, что не всякое бездействие влечет за собой ответственность по закону, так как это в равной мере относится и к действиям, тоже не всегда имеющим юридическое значение.

Если уж касаться философской оценки того или иного взгляда на каузальность бездействия, то нелишне напомнить в этой связи о том предельном логическом выводе, который вытекает из отрицания причинения бездействием и который прямолинейно выражен Е. А. Флейшиц, указавшей, что при бездействии речь идет не о реальной, действительно существующей, а "уже о некоторой предполагаемой причинной связи фактов"[1]. После этого заявления спор о том, какая из двух теорий опирается на учение философского материализма, является, по-видимому, решенным.

Для тех непосредственных задач, решению которых посвящена настоящая работа, особенно важно доказывание положительного ответа на вопрос о каузальности бездействия. Если бы бездействие не причиняло, то для подавляющего большинства нарушений договорных обязательств причинная связь не имела бы никакого значения. Напротив, выяснение причиняющей силы бездействия служит еще одним под-

[1] *Флейшиц Е. А.* Указ соч.— С. 72.

утверждением выдвинутого с самого начала тезиса о том, что причинная связь полностью охватывает объективную сторону любого состава гражданского правонарушения и потому должна быть исследована в качестве его самостоятельного элемента.

§ 3. Причинная связь

1. Философия диалектического материализма исходит из воззрения на причинность как на объективную категорию, существующую вне и независимо от человеческого сознания. Каузальность есть лишь малая частичка всемирной связи, но частичка не субъективной, а объективно реальной связи. Тот или иной результат, то или иное следствие порождается не одной какой-либо причиной, а целой совокупностью обстоятельств, в системе которых данный результат, данное следствие находится. Однако, чтобы понять отдельные явления, мы должны вырвать их из всеобщей связи и рассматривать изолированным образом, а в таком случае изменяющиеся движения являются перед нами — одно как причина, другое как действие.

Каков же метод выделения отдельных явлений из всеобщей связи? Из каких предпосылок следует исходить для того, чтобы можно было, выделив два отдельных явления из общей системы взаимодействия, признать одно из них следствием, а другое — причиной этого следствия?

В отношении следствия вопрос решается чрезвычайно просто. Всякий конкретный факт объективной действительности существует не извечно, а возникает при определенных условиях, вызывается определенными причинами и может рассматриваться в качестве последствия этих причин. Какой из фактов объективной действительности будет выделен в качестве следствия в каждом отдельном случае,— это уже зависит от непосредственных задач данного научного исследования. Само собой разумеется, что юрист, исследуя явления объективной действительности в целях решения практических задач в области ответственности, в качестве следствий будет выделять лишь такие факты, которые наступили в сфере урегулированных нормами права общественных отношений и нарушили их нормальное состояние.

Значительно сложнее обстоит дело с выделением тех фактов, которые, находясь в общей системе взаимодействия, послужили причиной данного следствия. Вокруг этих фактов и концентрируется проблема причинной связи во всей ее сложности.

Наши юристы с полным основанием отвергли как антинаучные и глубоко ошибочные идеалистические и механистические концепции типичного причинения и необходимого условия. Если первая концепция исходит из предопределенности причинения, то вторая, признавая равнозначными все условия, способствовавшие наступлению результата, ориентирует не на исследование объективной природы каждого данного случая, а на разрешение гадательного вопроса о том, что было бы, если бы такое-то обстоятельство отсутствовало.

К сожалению, некоторые авторы, переходя от критики к формулированию своих собственных взглядов, вероятно, сами того не замечая, переносят центр тяжести на постановку того же гадательного вопроса. Так, Т. В. Церетели определяет понятие причинной связи следующим образом: «Причинная связь, между действием человека и наступившим общественно опасным последствием существует тогда, когда без данного поведения преступное последствие не имело бы места, если при этом в момент совершения поступка лицо имело реальную возможность своим вмешательством оказать воздействие на этот ход событий»[1]. В этой формуле вопрос, характерный для «теории» необходимого условия, ставится дважды. Во-первых, для признания причинной связи необходимо, чтобы «без данного поведения преступное последствие не имело бы места...», т. е. в каждом отдельном случае необходимо мысленно исключить противоправное поведение и проверить, не наступил ли бы результат при его отсутствии. Во-вторых, необходимо также, чтобы «в момент совершения поступка лицо имело реальную возможность вмешаться в объективный ход событий и своим вмешательством оказать воздействие на этот ход событий», т. е. в каждом отдельном случае необходимо установить, было ли способно противоправное поведение вызвать результат, который не вытекал из объективного хода событий, а для этого нужно проверить, какой результат мог бы быть вызван самим объективным ходом событий, если мысленно исключить противоправное поведение.

Избежать этих невольных уклонений в сторону необходимого условия можно лишь в том случае, если мы раз и навсегда откажемся от досужих размышлений на тот счет, что произошло бы, если бы то или иное обстоятельство отсутствовало, и будем исследовать то, что действительно произошло при данных действительно имевших место об-

[1] *Церетели Т. В.* Причинная связь в уголовном праве: Автореф. дисс. … д-ра юрид. наук.— М., 1949.— С. 11.

стоятельствах. Так именно и поступают авторы, придерживающиеся наиболее распространенной в нашей юридической науке теории причинности, исходящей из подразделения ее разновидностей на объективно-необходимую и объективно-случайную причинную связь. В этом — бесспорное достоинство данной теории. Однако, несмотря на ее распространенность и едва ли не всеобщее признание, мы позволим себе подвергнуть ее критическому анализу, ибо считаем, что она не дает такого решения вопроса, которое отвечало бы потребностям практики.

2. Теорию необходимой и случайной причинной связи обычно упрекают ее противники в том, что, поскольку случайность и необходимость диалектически связаны, случайное есть форма выражения необходимости, нельзя якобы различать два вида причинности — случайную и необходимую. Такое разграничение, на наш взгляд, возможно, и оно вполне согласуется с учением диалектического материализма о единстве необходимого и случайного. Единство вовсе не исключает различия, ибо «только «взаимодействие» — пустой звук».

Всякий результат является и случайным и необходимым в одно и то же время потому, что он представляет собой лишь одно из звеньев общей системы взаимодействия и подготовлен в своем наступлении всеми звеньями последней. Каждое из этих звеньев играет различную роль в наступлении результата. Одни составляют его закономерную предпосылку, другие случайно способствуют осуществлению этой закономерности именно в данное, а не в иное время, в данном, а не ином месте. Но так как и те и другие звенья находятся в общей системе взаимодействия, то любой факт, рассматриваемый в связи с этой системой, предстает перед нами как необходимый и случайный одновременно.

По-иному складывается ситуация тогда, когда мы выделяем два отдельных звена из общей взаимосвязи явлений и рассматриваем одно из них как причину, другое — как следствие. Здесь с самого начала исчезает та почва, на которой основано признание всякого явления включающим в себя и элементы необходимого, и элементы случайного, ибо оно рассматривается уже не в связи с целой совокупностью обстоятельств, а только в связи с каким-нибудь одним фактором. Изолированная же причина не может вызывать наступления последствия одновременно и случайно и необходимо. Она может быть либо только случайной, либо только необходимой причиной результата. И потому мы поступаем в полном соответствии с объективной действительностью, когда, выделяя лишь два элемента из общей системы взаимодействия, при-

знаем связь между ними либо только случайной, либо только необходимой, хотя связь между следствием и общей системой взаимодействия является и случайной и необходимой одновременно.

Однако, несмотря на допустимость деления видов причинности на необходимую и случайную, этим делением нельзя воспользоваться в решении вопроса о привлечении к юридической ответственности. Необходимость, с точки зрения философии, равнозначна закономерности. Поэтому в необходимом как в закономерном должна быть заключена самая сущность, внутренний закон развития данного явления, чего почти ни в одном случае нельзя сказать о противоправном поведении.

Когда, например, факт смерти получает философскую оценку случайности, в которой проявляется необходимость, то под необходимостью при этом понимаются внутренние законы развития человеческого организма, а под случайностью — конкретные, внутренние и внешние условия смерти, наступившей, скажем, в результате заболевания или убийства, вследствие несчастного случая или внутреннего ослабления организма и т. п. Когда же юрист устанавливает связь неправомерного поведения с наступившим результатом, он выделяет из общей системы взаимодействия лишь одно и при том такое явление (неправомерное поведение), которое, как правило, выступает в качестве случайной формы проявления необходимости. Ввиду этого признание лишь необходимой причинной связи, достаточной для возложения ответственности, должно было бы приводить к безответственности подавляющего числа правонарушителей.

Этим, вероятно, и объясняется то несколько странное обстоятельство, что сторонники обоснования ответственности необходимой причинной связью не довольствуются для ее выделения понятием закономерности, а пытаются подыскать иной, практически более удобный критерий.

У А. А. Пионтковского таким дополнительным критерием служит понятие «реальной возможности». «Наступивший результат,— пишет он,— является необходимым последствием совершенного действия, когда уже в конкретных условиях его совершения имелась объективная реальная возможность его наступления, когда его наступление являлось закономерным»[1].

Но Т. Л. Сергеева с полным основанием замечает в этой связи, что реальная возможность и закономерность — это не одно и то же, ибо

[1] Цит. по: Уголовное право. Общая часть.— М., 1948.— С. 304.

если «категория необходимости характеризуется известной устойчивостью, определенностью...», то, в отличие от этого, «категория реальной возможности характеризуется известной неустойчивостью, неопределенностью»[1].

«Если новое,— указывает по тому же поводу В. Н. Кудрявцев,— в конечном счете, всегда преодолевает старое, то это еще не означает, что реальная возможность какого-либо конкретного даже прогрессивного явления всегда с необходимостью претворяется в действительность... Тем более с полным основанием можно сказать, что вовсе не является необходимым претворение в действительность таких реакционных, тормозящих развитие общества явлений, какими у нас являются преступления»[2].

У Т. Л. Сергеевой категорией, призванной объяснить понятие необходимости, является действительность. «Последствие,— пишет она,— следует признать необходимым тогда, когда преступный результат был действительно причинен обвиняемым»[3]. Но эта формула не выходит за пределы порочного круга: необходимым результат признается тогда, когда он действительно причинен обвиняемым; но чтобы узнать, действительно ли обвиняемый причинил результат, нужно установить, был ли он необходимым. Если здесь необходимость определяется через действительность, то вслед за этим через действительность определяется уже самая действительность: «*Действительное причинение имеет место тогда, когда поведение лица, являясь одним из необходимых условий наступления результата, вместе с тем претворило в действительность реальную возможность наступления этого результата*»[4] (Курсив наш.— О. И). Ясно, что эти критерии не могут ничего изменить в общем понимании необходимости как категории, тождественной закономерности.

Л. А. Лунц вначале говорит, что «действие человека лишь в том случае может быть признано причиной данного результата, если связь этого действия с данным результатом является проявлением «необходимости», «закономерности» а не носит характера «случайного сцепления

---

[1] *Сергеева Т. Л.* Вопросы виновности и вины в практике Верховного суда СССР по уголовным делам.— М., 1950.— С. 81.

[2] *Кудрявцев В. Н.* К вопросу о причинной связи в уголовном праве // Сов. Государство и право. 1950. № 1.— С. 39.

[3] *Сергеева Т. Л.* Указ. соч.— С. 80.

[4] Там же.— С. 90.

событий»[1]. Но автор тут же следующим образом уточняет понятие закономерности: «Один факт находится в причинно-необходимой связи с другим фактом, если практически — на опыте — доказано, что факты первого рода влекут за собой результат того же рода, к которому относится второй факт»[2]. Этим уточнением автор по существу возвращается на позиции им же отвергнутой теории типичной причинности, поскольку он говорит уже не о причинной связи в данных конкретных условиях, а вообще о способности фактов такого-то рода причинять последствия такого-то характера.

Таким образом, предпринятые некоторыми авторами попытки внести дополнения в определение понятия необходимости не увенчались, да и не могли увенчаться успехом. Необходимость есть закономерность, внутренний закон развития данного явления, между тем как противоправное поведение обычно не включается в закономерную часть общей системы взаимодействия. Чтобы убедиться в этом, обратимся к некоторым делам, подвергнутым анализу сторонниками рассматриваемой теории причинной связи.

Т. Л. Сергеева приводит дело следующего содержания. Ж. производил маневренную работу на паровозе без всяких средств предупредительного характера, и потому отцепленный вагон, который нечем было заклинить, пошел под уклон и на ходу раздавил человека. Анализируя обстоятельства этого дела, автор приходит к выводу, что здесь имеет место необходимая причинная связь[3]. Но мы уже видели, что необходимость и закономерность — категории тождественные. Что же закономерного можно усмотреть в том, что катящийся под уклон вагон наехал на человека? Этот результат сам по себе не вытекает ни из закономерности движения вагона, ни из закономерности передвижения потерпевшего. Здесь имеет место скрещивание двух причинных рядов, которое в философской науке приводится как элементарный пример случайности и притом не внутреннего, а внешнего порядка. Т. Л. Сергеева же объявляет причинную связь необходимой, закономерной потому, что, в противном случае, с точки зрения разделяемой ею теории, не оставалось бы ничего другого, кроме как освободить обвиняемого от ответственности, несмотря на явную несправедливость этого решения.

---

[1] *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Общее учение об обязательстве.— С. 307–308.

[2] Там же.— С. 308.

[3] См.: *Сергеева Т. Л.* Указ. соч.— С. 92.

Л. А. Лунц констатирует наличие необходимой причинной связи в деле по иску М. к химзаводу, обстоятельства которого сводятся к тому, что ответчик содержал склад с горючими материалами на прирельсовой полосе железной дороги, склад этот загорелся от искры проходившего мимо паровоза, огонь перекинулся на соседний дом и сжег имущество истицы[1]. Конечно, в том, что горючие материалы загорелись, когда в них попала искра, как и в том, что загорелся дом М., когда на него перекинулся огонь, проявила свое действие закономерность. Но ни в том, что искра попала в горючие материалы, расположенные близ железнодорожного полотна, ни в том, что огонь переметнулся на дом М., нет ничего закономерного. Это чистейшая случайность, которая могла наступить, а могла и не наступить. Однако признание причинной связи случайной повлекло бы за собой освобождение химзавода от ответственности, и потому автор объявляет случайность необходимостью.

Помимо изложенного, практическая неприемлемость рассматриваемой теории обусловливается еще и тем, что ее авторы буквально не могут свести концы с концами, когда они переходят от причинения к предвидению.

По мнению А. А. Пионтковского[2] и М. Д. Шаргородского[3], совпадение объективного и субъективного возможно лишь в пределах необходимой причинной связи, если она охватывается предвидением правонарушителя. Случайную же причинность, с их точки зрения, предвидеть невозможно, так как последняя характеризуется тем, что результат мог наступить, а мог и не наступить. Поэтому названные авторы приходят к выводу, что случайный характер причинной связи исключает ответственность как по объективным, так и по субъективным основаниям.

В. М. Кудрявцев, критикуя эту позицию, отмечал, что, исключая возможность предвидения случайной причинной связи и превращая ее тем самым в непознаваемую, неуловимую «вещь в себе», названные авторы открывают путь к освобождению от ответственности за совершение преступлений при точном расчете на внешнее обстоятельство, о котором был осведомлен преступник и которое он использовал в своих целях[4]. Под влиянием этой критики некоторые авторы вынуждены были вновь обратиться к вопросу о предвидении при случайном причинении.

---

[1] См.: *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Указ. соч.— С. 311.

[2] См.: Уголовное право. Общая часть.— С. 306.

[3] *Шаргородский М. Д.* Преступления против жизни и здоровья.— С. 139.

[4] См.: Советское государство и право. 1950. № 1.— С. 37–45.

Так, Т. Л. Сергеева признала, что «предвидеть случайные последствия, конечно, можно», но «такого рода предвидение не может дать содержания вине в уголовно-правовом смысле, если только лицо ничего не сделало для наступления данного результата»[1]. Последняя оговорка, если она имеет в виду не отрицание причинения бездействием, а вообще непричастность данного лица к наступившему результату, вызывает лишь удивление, ибо при этом условии нет не только случайной, но и вообще какой бы то ни было причинной связи, и тогда, разумеется, при любой степени предвидения лицо не может быть привлечено к ответственности. Но если лицо совершило определенные действия для достижения определенного результата и предвидело развитие причинной связи, несмотря на ее случайный характер, должно ли тогда последовать привлечение его к ответственности? Приведенные высказывания Т. Л. Сергеевой как будто бы не оставляют никаких сомнений на этот счет; ответственность должна наступить. Но почему? Как это увязывается с делением видов причинности на случайную и необходимую? Оказывается, очень просто: если объективно-случайная причинность, к которой причастно поведение правонарушителя, входила в его предвидение, Т. Л. Сергеева превращает такую причинность из случайной в необходимую.

Так, анализируя дело о повреждении ноги К., который упал, убегая из конюшни, откуда его выгнал Ф., Т. Л. Сергеева констатирует отсутствие причинной связи между действиями Ф. и наступившим результатом. Но вслед за этим автор пишет: «Если бы Ф., видя, что мальчик, испугавшись его крика, неминуемо натолкнется в своем беге на препятствие и, тем не менее, по халатности или желая отомстить, не остановил его, то вполне возможна была бы его уголовная ответственность»[2].

Выходит, следовательно, что предвидение и желание результата меняют природу причинности, заменяют случайную причинную связь необходимой. Анализируя другие дела, Т. Л. Сергеева идет обратным путем и доказывает случайный характер причинности ссылкой на отсутствие виновности правонарушителя. Так, формулируя свой вывод по делу о гибели Т., который попал под машину, управлявшуюся Г., автор отмечает, что Г. «осуществил именно то поведение, которое и требовалось от него в данной ситуации»[3]. Это, по-видимому, означает, что дей-

[1] *Сергеева Т. Л.* Указ соч.— С. 89.

[2] Там же.

[3] Там же.

ствия Г. непротивоправны и что он невиновен, но еще ничего не говорит о характере причинности, о том, является ли она случайной или необходимой. Однако автор именно на этом основании делает вывод и в отношении причинной связи: «Поэтому,— пишет Т. Л. Сергеева,— вопрос о наличии причинной связи между его поведением и наступившим результатом отпал сам собою. Смерть Т. является объективно случайной»[1]. Короче говоря, есть вина — есть необходимая причинная связь: нет вины — причинная связь носит случайный характер либо вовсе отсутствует.

Несколько по-иному защищается против критики В. Н. Кудрявцева Л. А. Лунц. Он пишет: «Имея в виду различие между «необходимостью» в указанном смысле и «типичностью», мы легко разрешим вопрос о том, можно ли признать наличие «необходимой» причинной связи в тех случаях, когда человек для достижения своих целей использует необычное стечение обстоятельств... Разумеется, в этих случаях налицо «необходимая» причинная связь между действиями лица и преступным результатом — связь, постигнутая действующим лицом, но для других еще до определенного момента (пока она не будет вскрыта следствием) оставшаяся нераспознанной»[2]. Как, однако, это решение согласуется с собственной концепцией Л. А. Лунца? Приведенное высказывание дает основание для двух предположений в отношении взглядов автора по интересующему нас вопросу. Либо он считает, что случайную причинную связь предвидеть невозможно, и если ее предвидел преступник, то, значит, она объективно необходима, но еще не раскрыта, хотя и может быть раскрыта следствием. Либо он, напротив, вступая в противоречие со своими взглядами на причинность, переходит на противоположную позицию и признает, что всякая причинная связь, как только она распознана, превращается из случайной в необходимую. Едва ли нужно доказывать, что оба эти вывода являются ошибочными как в философском, так и в практическом отношении.

Недостатки, свойственные теории необходимого и случайного причинения, не могли остаться незамеченными в нашей литературе. Отсюда — появление новых теорий причинной связи, в частности теории А. Н. Трайнина, который, исходя из понятия различных степеней причинения, считает, что «действие, причиняющее результат, неоднородно, оно может причинять результат в разной мере, оно может быть главной,

[1] Там же.

[2] *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Указ соч.— С. 310.

ведущей, решающей причиной и может быть причиной, менее значащей, второстепенной»[1].

Однако для привлечения к ответственности не обязательно, чтобы действия правонарушителя были главной причиной результата: «Иванов, Петров, Симонов и Николаев совместно совершили ограбление. Фактическая роль каждого из них заключалась в следующем: Иванов указал адрес квартиры; Петров дал свою лошадь грабителям; Симонов и Николаев непосредственно совершили ограбление. Все четверо причинно связаны с преступным результатом, но степень этой связи неодинакова: главная роль принадлежит Симонову и Николаеву, меньшая роль Петрову, еще меньшая Иванову»[2]. Какая же степень причинения достаточна для ответственности? На этот вопрос А. Н. Трайнин не отвечает, хотя именно к этому и сводится вся суть проблемы причинной связи.

Подводя итоги краткого критического обзора основных теорий причинной связи, выдвинутых в советской юридической литературе, надлежит прийти к следующим выводам.

Теория необходимого и случайного причинения сыграла свою положительную роль как противовес идеалистическим и механистическим концепциям причинной связи. Она обеспечила также накапливание материала для дальнейшего исследования этой проблемы. При этом особенно важное значение приобретает указание некоторых из ее сторонников на категории возможности и действительности, которые используются ими в качестве вспомогательных критериев, лишь объясняющих понятие необходимости и случайности, но которые в действительности, как будет показано в дальнейшем, играют решающую роль.

Вместе с тем теория необходимого и случайного причинения не приводит к практически удовлетворительному решению проблемы причинной связи, так как, предполагая возможность возложения ответственности только за необходимое причинение, она не считается с тем, что неправомерное поведение обычно не включается в закономерную часть общей системы взаимодействия, а, кроме того, эта теория не способна убедительно доказать обоснованность освобождения от ответственности правонарушителя, который осознавал и предвидел случайную причинную связь между своим поведением и наступившим результатом. Конечно, предвидение не оказывает влияния на объективную природу

[1] *Трайнин А. Н.* Состав преступления по советскому уголовному праву.— М., 1951.— С. 113.

[2] Там же.— С. 115.

причинной связи. Но оно может влиять и действительно влияет на решение вопроса о привлечении к ответственности.

Когда, например, ст. 59, 109, 133 и др. УК РСФСР устанавливают ответственность за совершение действий, которые могли повлечь за собой определенные последствия, то что при этом имеется в виду — предвидение необходимости последствий? Тогда почему же они только могли наступить, а не наступили в действительности? Когда ст. 18 УК предписывает принимать во внимание при определении наказания степень участия в совершении преступления каждого из соучастников, то она при этом имеет в виду необходимую причинную связь между их действиями и наступившим результатом? Но разве необходимая причинная связь обладает различными степенями? Когда ст. 17 УК определяет пособников как лиц, содействовавших выполнению преступления советами и т. п., то неужели она предполагает необходимую причинную связь между советом и результатом, который был причинен другим лицом, исполнителем? Не следует ли, наоборот, предположить, что и менее интенсивная степень причинения достаточна для ответственности, если лицо предвидело, какие последствия могут быть вызваны его поведением?

Наша задача и будет состоять в том, чтобы установить, какая именно степень причинения должна быть создана правонарушителем, чтобы вместе с виною, а в случаях, указанных в законе, и без вины, она могла служить основанием ответственности.

3. В разрешении поставленной выше задачи следует опираться не на категории случайного и необходимого, а на связанные с ними, но не тождественные им понятия возможности и действительности. Дело в том, что случайность и необходимость не выражают в себе различных степеней причинения: нельзя говорить о каждой из них в отдельности как о случайности или необходимости большей или меньшей степени. Между тем закон и судебная практика, безусловно, учитывают степень причинения в решении вопроса как о привлечении к ответственности, так и об определении ее объема. Поэтому и в теоретическом анализе данной проблемы следует применять такие категории материалистической диалектики, которые позволяют выявить степень причинения. К числу последних относятся категории возможности и действительности, так как возможность наступления результата, созданная неправомерным поведением, бывает более и менее отдаленной, а своей максимальной напряженности степень причинения достигает тогда, когда неправомерное поведение превращает результат из возможного в действительный.

Рассматривая каждое конкретное дело, судебно-арбитражные органы должны исходить из того, что, поскольку результат наступил, имело место и такое обстоятельство, благодаря которому этот результат был превращен из возможного в действительный. Это обстоятельство и должно быть выявлено в первую очередь в целях отграничения его от условий, которые создавали лишь возможность наступления результата. Если в качестве обстоятельства, превратившего возможность в действительность, выступило неправомерное поведение человека, налицо бесспорно причинная связь такой напряженности, которая может и должна быть положена в основу привлечения к ответственности.

Чтобы правильно определить такого рода обстоятельство, надлежит проделать следующее.

Во-первых, необходимо взвесить, каковы физические и общественные свойства наступившего результата, обособляющие и индивидуализирующие его. Установление этого момента не представляет каких-либо затруднений. Соответствующие свойства выражены в самом результате, и мы всегда можем сказать, что перед нами смерть, гибель имущества, простой на производстве, неполучение прибыли, хотя мы еще не знаем, явилась ли смерть результатом убийства, гибель имущества — результатом его уничтожения действиями определенного лица, простой на производстве и неполучение прибыли — результатом неисполнения договора.

Во-вторых, необходимо выявить все обстоятельства данного дела, все условия, при которых наступил результат. Неполнота исследования обстоятельств дела приводит к тому, что суд рассматривает и оценивает не ту конкретную ситуацию, при которой наступил результат, а потому и решение его неизбежно должно быть ошибочным, так как при различных конкретных обстоятельствах различное выражение приобретает и причинная связь.

Так, Ленинградский областной суд принял к своему производству дело, которое сводилось к следующему. Кочегару была ампутирована рука вследствие ее гангренозного состояния. Потерпевший утверждал, что, так как инструмент, которым он подбрасывал уголь в топку, был негабаритным и постоянно цеплялся за отверстие топки, выскакивающие угли падали ему на руку, причиняя ожоги, которые и вызвали гангрену. Народный суд, признав наличие вины администрации, взыскал полное возмещение в пользу потерпевшего, не сочтя необходимым затребовать историю его болезни из больницы, в которой производилась

ампутация. Когда же областной суд истребовал эти материалы и ознакомился с ними, а также опросил врачей, оказывавших помощь потерпевшему, выяснилась совершенно иная картина. Потерпевший явился в поликлинику со следами побоев на лбу и сдавленными пальцами правой руки. На тыльной части руки выше кисти было обнаружено пятно, которое, по утверждению потерпевшего, явилось результатом ожога. В действительности же пятно имело своей причиной начавшийся гангренозный процесс, вызванный сдавленностью руки. Оказалось, что потерпевший был избит в пивной, три дня пролежал дома, а затем, когда боли в руке усилились, явился в поликлинику с жалобой на ожоги. Таким образом, в результате всестороннего исследования обстоятельств дела областному суду удалось установить действительную, а не мнимую причину, которая была положена в основу решения, вынесенного народным судом.

В-третьих, необходимо оценить роль каждого из выявленных обстоятельств в общей совокупности условий, приведших к наступлению результата, путем сопоставления его причиняющей силы с естественными и общественными свойствами наступивших последствий. Например, перед нами такой результат, как повреждение ноги. Мы еще не знаем, является ли он следствием противоправных действий, случайного стечения обстоятельств или действия сил природы. Но мы знаем, что этот результат обладает определенной индивидуальностью; он выражен именно в повреждении ноги, а не в чем-либо ином. Нам известно также, что результат наступил при следующих обстоятельствах: потерпевший К. вместе с другими мальчиками находился в конюшне и, услышав крик Ф., обнаружившего мальчиков играющими в недозволенном месте, побежал, упал во время бега и повредил ногу. По делу выявлены, таким образом, следующие обстоятельства: а) мальчики играли в конюшне; б) Ф. криком выгнал их из конюшни; в) убегая, К. упал и повредил себе ногу. Достаточно сопоставить индивидуальные особенности результата — повреждение ноги — с сопутствовавшими ему обстоятельствами, чтобы не было никаких сомнений в том, что эти индивидуальные особенности были вызваны не всеми, а только одним обстоятельством — падением самого потерпевшего. Оно и превратило результат в действительность. Все прочие обстоятельства создавали лишь его возможность.

В соответствии с этим и определяется отграничение условий, создававших возможность результата, от условий, превративших возмож-

ность в действительность. Если нам известны все обстоятельства, обусловившие наступление данного результата, то к числу обстоятельств, превративших возможность в действительность, могут быть отнесены только те, причиняющая сила которых получила свое выражение в индивидуальных физических и общественных свойствах данного результата.

Однако не только такая степень напряженности причинной связи может послужить основанием ответственности, как думает, например, В. И. Кофман, правильно обративший внимание на проявление индивидуальных свойств определенных причин в индивидуальных особенностях результата[1]. Поведение, создающее лишь возможность неправомерных последствий и потому не проявляющееся в их индивидуальных особенностях, тоже при определенных условиях может быть вменено в ответственность правонарушителю, ибо при оценке обстоятельств, относящихся к области возможного, закон также учитывает их неодинаковую роль и значение в причинении неправомерных последствий. Закон различает при этом абстрактную и конкретную возможность результата, создаваемую данным поведением.

Проиллюстрируем вначале на примерах различие между этими двумя понятиями.

Х., ученица 4-го класса школы № 392 г. Ленинграда, была оставлена учительницей вместе с тремя другими девочками убирать классную комнату. Протирая окно, она уронила вату и выглянула на улицу, где в это время учащийся школы № 9 К. стрелял из самопала. Выстрел пришелся в лоб Х. Превращение возможности в действительность было обусловлено поведением К., так как именно качество выстрела проявилось в индивидуальных особенностях наступившего результата. Возможность результата была создана целым рядом обстоятельств,— тем, что ученицы были оставлены в школе для уборки классной комнаты, что потерпевшая уронила вату и выглянула на улицу. Но это — лишь абстрактная возможность, и потому, если бы кто-либо даже намеренно, из мести, оставил девочек убирать классную комнату в расчете на то, что потерпевшая выглянет из окна в момент, когда причинитель будет стрелять из самопала, привлечение такого лица к ответственности не могло бы иметь места. Что и как бы он ни предвидел, это не может

[1] См.: *Кофман В. И.* Указ. соч.— С. 119, 120.

изменить объективной природы причинной связи, по отношению к которой поведение такого лица имеет значение обстоятельства, создававшего лишь абстрактную возможность результата. Тем более удивительно, что даже при отсутствии всех этих предположенных нами моментов суд счел возможным возложить материальную ответственность за вред на Кировский отдел народного образования г. Ленинграда, на смете которого числилась школа № 392.

Напротив, в деле по иску Дзержинского райпищеторга к Ленгазсетьстрою и к Лендормосту о возмещении стоимости товара, который был уничтожен хлынувшей из лопнувших водопроводных труб водой, имела место совершенно иная ситуация. Ленгазсетьстрой создал возможность результата тем, что сохранил в местах пересечения газовых и водопроводных труб зазор толщиной 3 см вместо 10 см, предусмотренных техническими правилами, и 30 см, установленных в проекте. Лендормост превратил возможность в действительность, ибо в таких индивидуальных особенностях результата, как поломка водопроводных труб, проявила свое причиняющее качество именно сила давления на подземные сооружения катков и вибрационных машин, принадлежавших Лендормосту. Однако несмотря на то, что Лендормост, а не Ленгазсетьстрой, вызвал действительность результата, последний создал конкретную возможность наступления этого результата, т. е., иначе говоря, обусловил своим поведением причинную связь такой напряженности, которая достаточна для привлечения его к ответственности. Наличие или отсутствие предвидения на стороне Ленгазсетьстроя в объективной природе причинной связи ничего не меняет. Предвидение может иметь значение лишь для решения вопроса об ответственности. Но поведение Ленгазсетьстроя, независимо от его предвидения, было и продолжает оставаться тем фактором, который создал конкретную возможность наступления вредных последствий.

Анализ приведенных и иных аналогичных дел обеспечивает необходимые данные для общего определения категорий абстрактной и конкретной возможности.

Возможность результата, созданная поведением школы, является абстрактной потому, что она находится в связи с обстоятельством (выстрелом из самопала), которое не относится к числу объективно повторяющихся при данной конкретной ситуации. Этот действительно имевший место в жизни случай очень напоминает приводимый М. Д. Шаргородским пример с советом, данным кому-либо отправиться в альпи-

нистскую экскурсию в расчете на то, что он там сломает себе голову[1], или иногда выдвигаемый в полемике по вопросам причинной связи вымышленный казус о посылке кого-либо на улицу в ночное время в надежде на то, что там его убьют бандиты. Если бы все эти последствия, которых желал и на которые рассчитывал советчик, даже наступили, ответственность не последовала бы, ибо для ее возникновения недостаточно одного лишь субъективного момента, но необходимы также определенные объективные предпосылки, которые в данном случае отсутствуют.

Напротив, в деле о возмещении стоимости товаров, поврежденных хлынувшей из водопроводных труб водой, Ленгазсетьстроем была создана конкретная возможность результата потому, что она находилась в связи с таким фактом, как появление на поверхности дороги движущихся предметов, оказывающих давление на подземные сооружения, что, бесспорно, относится к разряду обстоятельств, объективно повторяющихся при данной конкретной ситуации. Следует при этом особо подчеркнуть, что речь идет именно об объективной повторяемости, но отнюдь не о типичности причинения. Выстрел из самопала любым сторонником теории типичного причинения будет отнесен к разряду типичных причин увечья или смерти, но, как мы видели, при данной конкретной ситуации его нельзя было отнести к разряду объективно повторяющихся фактов. Появление движущихся механизмов на поверхности дороги является объективно повторяющимся фактом, но его нельзя, конечно, признать типичной причиной порчи подземных сооружений. Признак повторяемости является вместе с тем объективным, а не субъективным, так как он не зависит от желания и предвидения правонарушителя. Будучи объективным по своей собственной природе, этот признак придает возможности, созданной поведением правонарушителя, объективное качество конкретной возможности.

Конкретная возможность, наряду с превращением возможности в действительность, потому признается достаточным объективным основанием привлечения к ответственности, что в виде общего правила ответственность по советскому гражданскому праву наступает лишь при наличии вины правонарушителя. Но если правонарушитель предвидит конкретную возможность результата, создаваемую его поведением, он уже рассчитывает не «на авось», а на объективную повторяемость явле-

[1] См.: *Шаргородский М. Д.* Причинная связь в уголовном праве.— С. 194.

ния, превращающего возможность в действительность, а потому и вина его приобретает гораздо более ярко выраженное содержание, чем это имеет место при абстрактной возможности, когда вина очень немногим отличается от простого выражения умысла вовне. Следовательно, при виновном неправомерном создании конкретной возможности впоследствии наступившего результата имеются и объективные и субъективные предпосылки ответственности, тогда как при абстрактной возможности результата, хотя бы он фактически наступил, нет ни причинной связи достаточной напряженности, ни вины необходимой интенсивности, а потому и ответственность здесь исключается как по объективным, так и по субъективным основаниям.

Итак, причинная связь, служащая основанием привлечения к юридической ответственности, так же как и вообще причинность в природе или в обществе, является по своему характеру объективной, не зависящей от того, какое отражение она получает в сознании человека. Причинная связь между поведением человека и наступившим результатом приобретает правовое значение лишь при том условии, что это поведение вызвало действительность результата или, по крайней мере, создало конкретную возможность его наступления. Обстоятельствами, превращающими возможность в действительность, признаются такие факты, причиняющая сила которых проявила себя в индивидуальных особенностях наступивших последствий. Если эти обстоятельства носят объективно повторяющийся характер и в связи с ними находится поведение человека, то это означает, что оно создало конкретную возможность результата. При объективной неповторяемости в данной конкретной ситуации тех же обстоятельств находящееся в связи с ними поведение создает лишь абстрактную возможность результата, исключающую ответственность. Выявив причинную связь, которая достигла требуемой законом степени напряженности (в указанном ранее смысле), судебно-арбитражные органы должны установить также виновность правонарушителя для привлечения его к ответственности, если из числа условий возникновения последней вина не исключена прямыми указаниями специальных правовых норм.

Предлагаемое решение проблемы причинной связи, как видно из изложенного, исходит из тех же методологических предпосылок, что и теория необходимого и случайного причинения, а именно — из объективной природы причинности, из необходимости ее исследования с учетом конкретной ситуации наступления результата (вопреки «теории» ти-

пичной причинности), из неравноценности условий, вызвавших неправомерные последствия (вопреки «теории» необходимого условия), а также из того, что не всякое причинение достаточно для привлечения к ответственности. Вместе с тем на почве предлагаемого решения, думается нам, устраняются и те неправильные практические выводы, которые вытекают из теории необходимого и случайного причинения.

Как уже отмечалось, эта теория необоснованно относит неправомерное поведение к разряду необходимых причин, тогда как в большинстве случаев оно фактически включается в случайную часть общей системы взаимодействия. Напротив, признание неправомерного поведения обстоятельством, вызывающим действительность результата или создающим конкретную возможность его наступления, отражает реальную роль, которую фактически играет во всех встречающихся жизненных случаях неправомерное поведение.

Далее, теория необходимого и случайного причинения не может дать удовлетворительного ответа на вопрос о том, почему даже предвиденная случайная причинная связь недостаточна для ответственности, и потому ее авторы вынуждены идти по пути либо отрицания возможности предвидеть случайное причинение, либо отождествления предвиденной причинной связи с необходимой причинностью. С точки зрения категорий возможности и действительности, в условиях, когда возможность носит абстрактный характер, предвидение правонарушителя исчерпывается лишь его расчетом «на авось», так как при этом имеются в виду объективно неповторяющиеся обстоятельства, и потому не только причинение, но и вина не приобретают здесь необходимого для возникновения ответственности содержания. Совершенно иное выражение получает виновность правонарушителя при конкретной возможности наступления результата. При этих условиях он либо прямо (умысел), либо общим образом (неосторожность) предвидит связь своего поведения с таким вызывающим действительность результата обстоятельством, которое носит объективно повторяющийся характер. Тут уже нет, следовательно, расчета «на авось», и потому не только причинность, но и вина приобретает содержание, достаточное для привлечения к ответственности.

Наконец, теория необходимой и случайной причинной связи знает лишь одну степень причинения, служащую основанием ответственности,— необходимое причинение, между тем как закон в ряде случаев прямо предписывает учитывать степень причинения при определении

объема ответственности. В отличие от этого, категории возможности и действительности исходят из различных степеней причинения, что особенно важно для уголовного права не только при определении объема ответственности каждого из соучастников совершенного преступления, но и вообще для привлечения к ответственности наряду с исполнителями также и пособников, которые своим поведением никогда не вызывают действительности результата, а создают лишь конкретную возможность его наступления.

Чтобы убедиться в практических преимуществах отстаиваемых здесь взглядов, возвратимся вновь к упоминавшимся ранее делам, не получившим, по нашему мнению, обоснованного и последовательного разрешения с позиций теории необходимого и случайного причинения.

В приведенном у Л. А. Лунца и описанном выше деле по иску М. к химзаводу, ответчики, расположив склад горючих материалов близ железнодорожного полотна, создали лишь возможность возникновения пожара. Эта возможность была превращена в действительность искрой проходившего мимо паровоза, которая попала в горючие материалы. Вопреки Л. А. Лунцу, не горючие материалы подожгли искру, а искра подожгла горючие материалы. Но при этом химзавод создал не абстрактную, а конкретную возможность, поскольку она была связана с таким обстоятельством, как вылет искры, которое в данной конкретной ситуации (при расположении горючих материалов на прирельсовой полосе) является объективно повторяющимся, ибо искроуловители полного гашения искры не обеспечивают. Поэтому и ответственность за результат должен нести химзавод, причем, поскольку он является не только причинителем, но и виновником результата, возмещение вреда было целиком отнесено на его счет, в соответствии с прежним законодательством.

В приведенном у Т. Л. Сергеевой и также описанном выше деле о привлечении к ответственности Ж. за нарушение дисциплины на транспорте обвиняемый сам не вызвал действительности результата, а лишь создал его возможность тем, что, производя работу без предупредительных средств, он не смог остановить движения мчавшегося под уклон вагона. Но он при этом создал конкретную возможность, так как и движение по инерции незаторможенного вагона и пересечение людьми железнодорожного полотна относятся к числу объективно повторяющихся обстоятельств. К тому же обвиняемый не мог не предвидеть этих обстоятельств уже хотя бы потому, что они относятся к разряду повто-

ряющихся и общеизвестных, а, следовательно, налицо не только причинная связь, но и виновность, необходимая для привлечения его к уголовной ответственности.

С тех же теоретических позиций оценки причинной связи под углом зрения категории возможности и действительности следует исходить при определении объема убытков, которые могут быть вменены в ответственность правонарушителю, и на возмещение которых вправе притязать потерпевший.

ТЕМА: ПОНЯТИЕ ДОГОВОРА

КАТЕГОРИЯ ДОГОВОРА, ЕЕ МЕСТО И ЗНАЧЕНИЕ В ПОСТСОВЕТСКОМ ПРАВЕ

А. Диденко

В настоящей статье речь пойдет о месте категории договора среди иных категорий, о ее принципиально новом воздействии в комплексе с другими правовыми средствами на базисные отношения. В этой категории находят отражение закономерности, отражающие существенные черты данного типа общества по поводу правил взаимоотношений субъектов данного общества, а также требования, отвечающие естественным правам человека и соответствующие современному уровню цивилизации. При всей зыбкости границ таких понятий, как «существенные черты общества», «требования цивилизации», они, тем не менее, несмотря на их недостаточную познанность и неадекватность отражения в законодательстве, объективно существуют и воплощаются в категориях права.

При изучении категории договора не исчерпаны возможности и аналитической цивилистики, относящиеся к догме гражданского права. Однако прорыв в понимании современного значения данной категории, равно как и ряда других центральных категорий гражданского права, может быть осуществлен на основе системного подхода посредством рассмотрения взаимодействия таких категорий, как: договор — право собственности — правосубъектность, договор — власть, договор — базис, договор — политика — практика.

Так, в государстве кланово-олигархического типа и сырьевой направленности право собственности на минерально-сырьевое производство может быть привязано только к соответствующему слою населения. Договорное право не может выполнить роль свободного регулятора перехода собственности между всеми слоями населения до того, как будут изменены соответствующие характеристики данного государства. Или другой пример. Естественный порядок вещей и требования цивилизации требуют, чтобы в условиях многонационального государства существовало равное представительство всех национальностей в представительных государственных институтах и органах защиты прав, в том числе органах, защищающих права участников договора. Задачи

из перечисленных областей лежат за пределами аналитической цивилистики и требуют для их решения вышеупомянутого системного подхода.

Правовое регулирование договоров одинаковое (во всяком случае, в системообразующем акте — ГК) во всех республиках СНГ от ГК Российской Федерации до Гражданского кодекса Туркменистана Сапармурата Туркменбаши (именно так именуется последний кодекс). А договорная действительность в этих странах — разная. Здесь истина банальна — право само по себе не реализуется, поэтому в одних странах оно остается «бумажным» в других — более или менее действующим. Государство, формируя правовую основу своего существования, создает лишь необходимые условия благополучия в правовой сфере, а набор так называемых достаточных условий правового благополучия — объемнее и сложнее необходимых. Сама по себе обеспеченность государства законодательными текстами создает иллюзию, причем опасную, что в государстве все обстоит благополучно, в то время как реальное значение права определяется менталитетом общества, его культурой, степенью влияния сохранившихся коммунистических идеалов, механизмами реализации права.

В процессе исследования правовых категорий не обойтись без сопоставления с опытом других стран. Близость глобального менталитета Казахстана и России, помимо таких факторов, как географическая близость, многонациональный состав населения, будет диктоваться масштабом и менталитетом, свойственными территориально большим странам. Г. Попов тонко заметил, что сами масштабы России веками учили думать глобально, перспективно. К тому же восточные славяне впитали образ мысли многих кочевых народов: скифов, печенегов, половцев, монголов. А кочевник привык думать не только о той долине, где он сейчас пасет скот, но и о том, что его ждет за горизонтом.[1] Сказанное в полной мере можно отнести и к Казахстану. Все жизненно важные для республики экономические проекты геополитически масштабны. Поэтому сопоставлять лучше с Россией, а не, скажем, с более европеизированной Украиной. Тем более, что в законодательной политике экономических преобразований Казахстан часто координирует законодательные усилия с Россией или действует с оглядкой на нее.

[1] *Попов Г.* О модели будущего России // Вопросы экономики, 2000, № 12.

Ядром договора является свобода воли его участников. Даже при социализме в условиях обязательного заключения хозяйственных договоров сохранялась определенная свобода воли контрагентов. Основной концепцией советской цивилистической науки по поводу оснований возникновения хозяйственного обязательства была теория сложного юридического состава: план плюс договор. В книге В. П. Мозолина и Е. А. Фарнсворта отмечалось глубокое различие между общественными системами США и Советского Союза, которое вызывало неизбежность различной роли договора в этих странах. И все же, указывали авторы, договор остается договором[1]. Думается, авторы имели здесь в виду внутреннее содержание договора. В этом случае спорить с данным утверждением сложно, ибо внутренняя структура договора сохраняет свое основное техническое построение и процедурные формы при любой формации. Что же касается общего значения договора в процессе ломки социалистических основ хозяйствования, то оно изменилось решительным образом. Одна законодательная фраза — «принцип свободы договора» подрубила корень экономической планово-административной системы социалистического строя и ознаменовала переход к иному обществу. Такой роли договор в истории никогда не выполнял. Договор был только регулятором, но не преобразователем экономических отношений. Уже один только тот факт, что преобразование общественных устоев было осуществлено при определяющей роли права (принятие актов о приватизации государственной собственности, об особенностях заключения приватизационных договоров и признании их недействительными, о закреплении принципов свободы договоров и равенства всех видов собственности и т.п.), говорит об особом, совсем не похожем на традиционное понимание надстройки, значении правовых институтов, в том числе договоров. Правда, мы полагаем, что закрепление принципа свободы договора означает отказ от плановой системы, но не переход к капиталистическим отношениям.

Сказанное заставляет посмотреть по-иному на учение Маркса о соотношении базиса и надстройки.

Договор наряду с другими категориями относится к надстроечным категориям, и в связи с этим неизбежно возникает вопрос: сохраняется ли в нынешний период прямая зависимость надстройки от базиса и как

---

[1] *Мозолин В. П., Фарнсворт Е. А.* Договорное право в США и СССР.— М.: Наука, 1988.

сегодня следует оценивать марксистский подход об определяющей роли базиса?

Маркс не мог предвидеть ни практики социализма, ни постсоветского способа образования частной собственности на основе так называемой общенародной собственности. Наверное, он посмотрел бы по-новому на характер взаимодействия базиса и надстройки в современном обществе. Как говорил Шекспир:

Когда расти бы мог он с веком вместе,
И он бы создал — с ними наравне
Достойное стоять на первом месте.[1]

При всем практическом негативе того «везения» Маркса, что его учение попало в руки Ленина и Сталина, превративших это учение в моноидеологию и официальную доктрину, все же нельзя допустить, чтобы были выплеснуты высочайшие научные достижения в изучении капиталистической действительности, всесторонность научного подхода, доказательства определяющей роли экономики в обществе.

На могильном памятнике Марксу начертаны его слова: «The philosophers have only interpreted the world in various ways. The point however is to change it»[2]. Перефразируя Маркса, можно сказать, что сегодня произошло преобразование определенной части мира и задача состоит в том, чтобы объяснить смысл и значение осуществленного преобразования.

Экономическая теория сегодня начинает смотреть на связь базиса и надстройки с новых позиций. Известный экономист Я. Корнаи обращает внимание на то, что реальный ход истории показал, что отношения между базисом и надстройкой на самом деле намного сложнее, чем формула: изменение собственности — не только необходимое, но и достаточное условие капитализма. Одно наличие капиталистических отношений собственности — недостаточное условие для укрепления капитализма. Трансформация экономики и общества в различных сферах часто протекает параллельно и характеризуется разнообразными видами взаимодействий.[3]

Правовая мысль также подошла к пониманию того, что право не сводится просто к обратному воздействию на базис.

---

[1] *Шекспир У.* Сонет 32. Пер. А. Финкеля.

[2] «Философы только объясняли мир различным образом. Дело, однако, в том, чтобы изменить его».

[3] *Корнаи Я.* Путь к свободной экономике»: десять лет спустя (переосмысливая пройденное) //Вопросы экономики, 2000, № 12.— С. 48.

С. С. Алексеев отмечает, что положения о базисе и надстройке в том виде, в каком они были канонизированы марксизмом, нуждаются в основательном критическом переосмысливании. Необходимо видеть принципиальное различие между таким общим влиянием экономики на жизнь данного общества, на его состояние и возможности, с одной стороны, а с другой — постулируемым значением экономики в качестве фактора, создающего, формирующего его институты. Институты, из которых складывается общество, в том числе право, формы государства, институты духовной жизни и др., при всей их зависимости от внешних факторов и условий напрямую, пусть и «в конечном счете», не выводимы из экономики. Их бытие не вписывается в то соотношение между разнообразными элементами общества, когда бы экономика в виде производственных отношений образовывала некий «базис», а все остальное в жизни людей составляло всего лишь «надстройку» над этим экономическим базисом. Соотношение здесь сложное, основанное на действии многих факторов, в том числе духовных, нравственных, которые взаимодействуют друг с другом, порой меняются местами, когда одни из них возвышаются, другие теряют свою силу, сходят со сцены. Подробное исследование права подтверждает то обстоятельство, что, наряду с фактором экономического порядка (собственностью, рынком), на жизнь общества решающим образом влияют еще две силы — «власть» и «идеи».[1]

Исходные марксистские постулаты о соотношении базиса и надстройки надежно подтверждались всей прежней исторической практикой. Так, Прудон в свое время предлагал уничтожить частную собственность путем отмены права наследования. В отношении этого предложения Маркс писал, что это так же нелепо, как предложение отменить договорное право между покупателем и продавцом, сохраняя существующий порядок обмена товарами.[2] Император Диоклетиан установил принудительные таксы на хлеб, нарушителей прибивали за уши к столбу, недовольных таксами пороли; ГК Казахской ССР предусматривал квартплату для нанимателей в частных домах не более 2-кратного размера ставок платы в государственном жилом фонде. Иллюстраций подобного рода бесчисленное количество. У всех них одно общее — они являются нереализуемыми утопиями в силу несоответствия пред-

[1] *Алексеев С. С.* Восхождение к праву. Поиски и решения.— М.: Норма, 2001.— С. 585–587.

[2] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч., т. 16.— С. 95.

лагаемых законодательных решений экономическим законам общества, базисным отношениям. Так почему же нынешние сугубо законодательные решения по замыслу законодателей способны коренным образом изменить экономическую структуру общества? Почему одно только законодательное закрепление принципа свободы договора способно было сломать плановую систему — основу социалистического способа производства? Такая возможность существует, как мы полагаем, потому, что частнособственнические формации возникают объективно, в то время как по марксистско-ленинскому учению социалистическая формация создается сознательно, а это означает, что в последней в самой себе сохраняется возможность такого же сознательного разрушения. Такое разрушение и было произведено путем решительных правовых реформ.

Таким образом, возникает частная собственность, рожденная общественной, что представляет собой абсолютно новый феномен в истории и являет абсолютно новый способ влияния надстройки на базис. Образуется новая общественно-экономическая формация. И науке еще только предстоит отследить, какие элементы она впитывает от рынка, какие от социализма. Факт сохранения в сегодняшней правовой системе ряда важных черт социалистического права бесспорен. Отсюда объективно проистекает весьма специфическое значение договора в постсоветской действительности. Он, с одной стороны, подпитывается соками частноправовых отношений, а с другой — разъедается метастазами авторитарных отношений.

Новизна категории договора в современный период проистекает из того, что общий принцип производности договора от частной собственности приобрел новый характер. Это не максимально полная автономия сторон, свойственная капиталистическим отношениям. Это и не максимально возможная подчиненность воли контрагентов плану, характерная для социалистических отношений. При наличии и даже количественном доминировании частной собственности, предполагающей автономию воли собственников, сохраняется решающая юридическая зависимость собственников от государства.

Договор — один из узловых элементов правового государства в экономике. Он — инструмент демократизации экономики, а через нее и общества, ибо по своей природе он предполагает независимость, самостоятельность сторон, признание ценности собственного «я» в имущественной сфере. Важнейшее (но не единственное) глубинное требование экономики — функционировать по договору.

Общество, вообще-то, может прожить с минимальным значением договора, но тогда правила обмена заменяются другими: приказными, традиционными, религиозными, нравственными и т.д. Цивилизованный же рынок не может прожить без правового договора. Хотя и в наиболее развитом рынке недостижим 100-процентный идеал торжества договорных правил. Договор как ценность — такое же цельное явление, как и право, и также как в борьбе за право не имеет значения размер материального притязания, так и ценность договора не измеряется ни его предметом, ни положением и силой его сторон.

Однако вот на что следует обратить особое внимание. Фактические отношения по перемещению товара могут охватывать отдельные простейшие элементы категории договора — отношения «базарного», «магазинного» типа (согласование цены, замена недоброкачественного товара и т.п.). Развернутый тип обмена вовлекает в свою орбиту элементы, раскрывающие все богатство категории договора, формирующей здоровые основы экономики. На этом уровне нужно сосредоточить аналитические усилия. Но где раскрывается вся палитра договора? В среднем и крупном бизнесе. Что есть «средний бизнес» с правовой точки зрения, с точки зрения богатства договора? Это такой бизнес, где имеется нужда во многих договорах, с развернутой характеристикой прав и обязанностей сторон, где идет утряска условий, споры носят разносторонний характер. В малом предпринимательстве всего этого нет. В сфере малого предпринимательства в Казахстане занято более 372 тыс. субъектов с общей численностью в 1,4 млн. человек, что составляет 25 процентов от общей численности занятых в республике[1]. То

[1] Данные Агентства по статистике Республики Казахстан за 2000 г.

По казахстанскому законодательству субъектами малого предпринимательства являются физические лица без образования юридического лица и юридические лица, занимающиеся предпринимательской деятельностью, со среднегодовой численностью работников не более 50 человек и общей стоимостью активов за год не свыше шестидесятитысячекратного расчетного показателя (месячный расчетный показатель устанавливается в республиканском бюджете, на 2003 год он определен в размере 872 тенге).

Среднегодовая численность работников субъектов малого предпринимательства определяется с учетом всех работников, в том числе работающих по контракту и договорам подряда, по совместительству, работников филиалов, представительств и других обособленных подразделений данного субъекта.

В случае превышения субъектом малого предпринимательства этих ограничений, он лишается льгот, предусмотренных действующим законодательством Республики Казахстан.

есть на каждого субъекта малого предпринимательства приходится в среднем около 4 работников. Несмотря на некоторые положительные изменения в отраслевой структуре объема производимой субъектами малого предпринимательства продукции, явно преобладающим видом деятельности остается торгово-посредническая (около 2/3 в общем объеме товаров и услуг). В то же время уровень налоговых поступлений от сферы малого бизнеса не превышает 10% в общем объеме. Существенное влияние в казахстанской экономике сохраняют монополии. Особенность монополий в том, что они работают в нерыночных условиях. Потребитель может сигнализировать о том, что цена, установленная монополистом, для него неподъемна, только путем неплатежей, а не путем коммерческого торга. В Казахстане насчитывается 11 субъектов естественных монополий, включенных в государственный регистр субъектов естественной монополии и более 950 субъектов регионального уровня. Причем, следует обратить внимание, что монополисты — это средние и крупные предприятия — более 50 процентов от общего количества монополистов составляют предприятия с численностью работающих от 50 до 200 человек, 44 субъекта — с числом работающих свыше 500 человек.

Конечно, при такой экономической структуре государства все богатство права не может раскрыться.

Но, как же палитра договора раскрывалась в Древнем Риме с его достаточно простыми товарообменными операциями? Она раскрывалась, прежде всего, на «атомистическом» уровне, на уровне «гаммы» договора, с одной стороны, а также за счет многовекового применения одних и тех же норм, когда применялись и повторялись даже сложные и редкие для повседневного гражданского оборота конструкции,— с другой.

Низкая правовая культура бизнесменов, коррупция, плохая защищенность и прочее — это все известные истины, которыми объясняется нынешняя слабая роль правового инструментария вообще и договора, в частности, равно как и то, что каждая из названных причин нуждается в постоянных государственных и общественных усилиях по их искоренению, подобно тому, как никогда не должен прекращаться, скажем, процесс уничтожения сорняков на поле. Воспитание уважения к праву, рост правосознания, будучи необходимыми компонентами усиления значения различных правовых средств, в том числе договора, а в конечном итоге — и формирования правового государства, тем не менее ле-

жат, главным образом, не в сфере интересов правовой науки, а в сфере общей и правовой педагогики, практической политики. У правовой науки иные задачи. Поскольку явление ослабленности права носит прочный характер, более глубокую причину этого нужно искать не в перечисленных факторах. При социализме руководители занимались приписками и очковтирательством, рапортуя о том, что договорная компания прошла успешно, договоры выполнены, санкции за нарушение договоров предъявлены. К этому понуждала плановая система. Думается, именно в системе нужно искать и нынешние корни нестабильности и неэффективности категории договора.

Для начала нужно обозначить роль государства в нынешнем рынке.

Государство, особенно социалистическое, не такой же субъект права собственности, как другие субъекты. Оно не может подобно другим собственникам дарить свое имущество, произвольно выбирать покупателей, продавать по льготным ценам. Но именно так действовало государство в процессе приватизации, поэтому и образовался олигархический слой.

Не следует забывать, что государство, определяя правила поведения субъектов, само является определяемым. Сегодня оно определяемо той собственностью олигархического, семейно-кланового свойства, которая не позволит законам перераспределить эту собственность.

Государственное вмешательство в договорные отношения носит повсеместный и мощный характер. В целом взаимоотношения государства с рынком трудные, им свойственны постоянные скрытые и открытые конфликты. Чаще всего вмешательство государства в договорные отношения носит противозаконный характер. Иногда государственное вмешательство трудно назвать противозаконным, но оно явно противоречит принципам частного права. Например, однажды Премьер-министр Казахстана заявил, что надо загрузить казахстанские НПЗ и если надо будет, то Правительство заставит производителей нефтепродуктов поставлять продукцию на НПЗ. Это заявление важно в том отношении, что оно позволяет дать определенную оценку юридической системы, могущей заставить частого собственника делать то, что не соответствует его интересам, не говоря уже о том, что оно открывает дорогу протекционизму — тупиковому пути, каким бы полезным тот ни казался.

Среди государственных структур, на деятельность которых наиболее тесно завязана категория договора, особое место принадлежит суду. Судебная реформа — одно из официальных направлений демократизации общества.

В. Путин признал в послании Федеральному Собранию бессилие суда. Н. Назарбаев, оценивая деятельность судов и определяя направления судебного реформирования в Казахстане, использует более мягкие выражения, но общая оценка деятельности судов дается сходная.

Бизнесмены судам и закону не доверяют. Сложился свод неписанных правил.

Есть квалифицированные судьи, есть справедливые решения, имеются и примеры противоположного рода. Но это лишь возможность для чиновников заявлять, что, несмотря на положительное целое, есть и серьезные недостатки, с ними ведется решительная борьба. Однако такая борьба — обычная рутинная работа любых чиновников, в любых странах и в любые времена: подбирать кадры, время от времени изгонять мздоимцев, пугая тем самым остальных, менять функции ведомств.

Идеологическая концепция реформирования суда ясна — демократизация, которая должна производиться по многим направлениям. Так, к последним нужно отнести необходимость публикации и доступности всех судебных решений, формирование состава судейского корпуса, причем не только с точки зрения квалификации, но и представительства в нем разных национальностей и слоев населения.

Выше мы вели речь преимущественно о самоценности договора. Однако данная категория тесно переплетается с другими категориями права, испытывая их влияние на себе и влияя на них. Наиболее тесная взаимозависимость проявляется с категориями права собственности и правосубъектности. Полного понимания роли договора можно достичь лишь на базе их комплексного анализа. Рассмотрим связь категорий договора и права собственности.

Глубинная природа, отражающая роль договора, лежит не в сфере обеспечения исполнения, то есть поддержания исполнения договоров властью государства: судебной, прокурорской, административной защитой и другими мерами. Договоры в постсоветском обществе слабы и ненадежны не столько потому, что механизм обеспечения их исполнения плох — как раз внешне здесь все выглядит более или менее благополучно — в законодательстве зафиксированы основные возможности защиты потерпевших, свойственные развитым рыночным цивилизациям, а потому, что плохо обеспечена автономия воли частных собственников по распоряжению своим товаром. В. Путин сказал в Послании к Федеральному Собранию, что надо защищать не только собственность крупных корпораций, но гарантировать права всех собственников: мел-

ких и крупных, иностранных и отечественных инвесторов[1]. Определенное пренебрежение к частной собственности проявляется даже в законодательных актах. Ст. 9 конституционного закона Республики Казахстан от 18 декабря 1995 г. «О Правительстве Республики Казахстан», посвященного компетенции Правительства, содержит настолько общие нормы, например, «организует управление государственной собственностью, вырабатывает и осуществляет меры по ее использованию, обеспечивает защиту права государственной собственности», что они позволяют Правительству делать чрезмерно многое по обеспечению государственной собственности, и при этом ничего не говорят о защите и обеспечении частной собственности. Заметно снижены гарантии иностранных инвесторов в Законе РК от 8 января 2003 г. «Об инвестициях» по сравнению с действовавшим ранее Законом «Об иностранных инвестициях».

Тонкие наблюдатели, вроде А. Нуйкина, обратили внимание на то, что ожидаемого чудотворного воздействия частной собственности на экономику не произошло, что институт собственности — это не только наличие самой по себе собственности у достаточно большого числа людей, сколько алгоритм ее формирования, инфраструктура ее обслуживания, обеспечения, защиты. Речь даже не о законах, как таковых (хотя и они работают только в сбалансированной системе законов). Институт собственности — это коллективная власть собственников, осознавших общность своих фундаментальных интересов.[2]

Новые собственники ни в малой мере не способны влиять на ход событий, не знают даже тех скромных прав, которыми наделены в соответствии с бессистемными, полными «дыр» законодательными актами, не умеют координировать коллективные усилия и опираться на правовые институты[3].

Нам уже приходилось говорить, что замордованный государством и чиновниками, малограмотный, жуликоватый субъект, а именно такие делают погоду в малом и среднем бизнесе, не может стать полноценным участником правового договора. (Чего стоит только одна фраза Н. Назарбаева на встрече с представителями бизнес-элиты Казахстана, что любого из них он имеет возможность взять за руку и отвести в

[1] См. «Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ», 2001, № 5.— С. 8.

[2] *Нуйкин А.* Есть ли в России частная собственность? // Время и мы, 2000, № 148, с. 150.

[3] Там же, с.152.

суд за нарушение законов[1].) Им может быть только лицо, взращенное на почве демократического общества.

На Западе и государственная, и групповая, и всякая другая собственность справляется со своими задачами. Причина этого в том, что все существующие в развитых капиталистических странах виды собственности генетически восходят к частной собственности, сформированы ею, а главное — функционируют в системе созданных ею организационных, правовых и моральных отношений, правил и норм, находясь в постоянной, живой конкуренции с нею[2].

В нашем государстве частная собственность сформирована государством, чиновниками, наложенной на все это социалистической психологией, ни о какой конкуренции между государственной собственностью и частной речи не идет. Хотя в законодательстве закреплено равенство всех форм собственности и, следовательно, все товаровладельцы имеют равную автономию воли, тем не менее, есть государственные заказы, где государство, как собственник имеет привилегии и подавляет волю другого, договор становится относительно несвободным, имеются другие случаи, когда договор обязателен к заключению. Нет полноценного собственника в сельском хозяйстве, а без этого договоры в данном секторе экономики не могут быть эффективным инструментом. Таким образом, лишь всеобъемлющее обеспечение частной собственности, интересов частного собственника может привести к выполнению договором своего предназначения и раскрытию всех его возможностей, используя метафору, дать возможность участникам товарного оборота играть на всех его струнах.

Одной из проблем теории права является определение того предельного уровня обобщенности, на котором находится то или иное научное понятие или категория. Понятие может относиться лишь к определенному правовому институту (например, понятия конкретных договоров), либо к отдельной отрасли права (преступление, деликт, налог и т.д.), либо представлять общеправовое явление (правонарушение, норма права, ответственность и т.д.).

К понятиям чисто отраслевого значения, одинаковым по звучанию, но отличающимся по существу, относится ряд понятий, например, залог (который используется в гражданском, таможенном, уголовном пра-

---

[1] Комсомольская правда, 2001 г., 11 июля.

[2] *Нуйкин А.* Упом. раб., С. 155.

ве), штраф (используемый в гражданском, уголовном, административном праве).

Договор не поднимается на уровень категории общей теории права и замыкается на понятийном аппарате отдельных отраслей права. Поэтому, на наш взгляд, разработка общей теории договора относится к неперспективным путям научных исследований.

Существуют две самостоятельные проблемы: относить тот или иной договор к разряду гражданско-правовых и о создании общеправовой теории договора. Первой проблеме уделили значительное внимание М. И. Брагинский и В. В. Витрянский[1]. Здесь возникают свои специфические вопросы. Например, А. Худяков, будучи убежденным сторонником финансово-правовых договоров, совершенно прав в одном: на них нельзя распространять признаки, свойственные гражданско-правовым договорам.[2] Но нас сейчас интересует вторая проблема.

У разноотраслевых договоров общим является то, что в их основе лежит соглашение между равными субъектами и то, что они представляют собой правоотношения. Но у всех них разные способы обеспечения, порядок заключения, права и обязанности, ответственность. Субсидиарное применение гражданско-правовых норм о договоре, а также возможность распространения этих норм на властные отношения (пункты 3 и 4 ст. 1 ГК) не влияют на принципиально различную сущность разноотраслевых договоров.

Попытка создать общую теорию договора предпринималась и ранее на базе цивилистического, хозяйственно-правового и общетеоретико-правового подходов. Все они оказались безуспешными. Продолжаются эти попытки и сегодня. В статье В. В. Иванова реанимируется и дополнительно обосновывается теория договора, как общеправовая категория[3]. В статье есть интересные частные положения, но важна общая концепция. По нашему мнению, нельзя создать общей теории договора в рамках правовой науки. Но, даже смягчив эту категоричность, нужно признать, что чем выше уровень обобщения, тем обычно менее практически работающим является понятие.

---

[1] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга I. Общие положения. Изд. 2.— М.: Статут, 1999.— С. 23–32.

[2] *Худяков А. И.* Финансовое право Республики Казахстан.— Алматы: Баспа, 2001.— С. 95.

[3] *Иванов В. В.* К вопросу об общей теории договора //Государство и право, 2000, № 12.— С. 73–79.

Почему нельзя? Потому что автономия воли в гражданском праве производна от статуса собственника, в международном праве — от суверенитета, в трудовом — от независимости личности, обладателя рабочей силы, в каждой из отраслей права разные формы согласования воль, разные меры ответственности и т.д. Происходит искусственное соединение принципов и норм публичного и частного права.

Автор задает вопрос: можно ли вообще считать consensus, договорную свободу, равноправие и обязательность договорных условий универсальными признаками договоров? Отвечая на поставленный вопрос, автор утверждает, что существуют, как минимум, три выхода. Первый (радикальный) — вообще исключить все «неправильные» договоры из предмета исследования и отказать им в праве называться договорами. Второй — до бесконечности списывать наблюдаемые несоответствия на отраслевую специфику, порождающую исключения, подтверждающие правило. Третий — согласиться с непреложным фактом эволюции договора в современном праве, который ставит перед наукой задачи выделения новых граней сущностных критериев отличий договоров от иных правовых актов. Автор сторонник третьего подхода. Мы полагаем, что существует и иной подход. Все договоры «правильные» и «неправильные» сохраняются, как предмет исследования, но в отраслевых рамках (может быть, иногда в межотраслевых, учитывая неопределенность границ между некоторыми подразделениями права, иногда именуемыми, иногда — нет, отраслями права). Такой подход нам представляется наиболее правильным.

Взятие семантического значения договора (только, как соглашения, даже с добавлением правового признака — юридической обеспеченности такого соглашения) за основу классификации — приводит к заманчивым, но бесплодным попыткам создать общую теорию договора. Научное содержание термина «договор» вбирает его семантический смысл, однако понятийные признаки договора в отраслях права существенно разные и именно они окажутся за бортом предлагаемого надотраслевого понятия договора.

Почему могут быть общие для всех отраслей (включая частное и публичное право) теории правоотношения, ответственности, правовой нормы, правового института и т.д., но не может быть общих теорий залога, штрафа, договора?

У первой группы понятий внутри отраслевых наук нет понятия более высокого уровня, то есть отсутствует обобщающее родовое поня-

тие, они выступают своего рода категориями (понятия предельно широкого объема) отрасли права. Поэтому уровень их обобщения находится в сфере общей теории права и выступает в форме категорий науки теории права. Понятия же из второй названных групп носят видовой характер, и исключить их из родовых групп, найдя какой-то общий признак и сделав его классификационным, значит, потерять родовые признаки, присущие каждому из этих понятий, находившемуся в рамках отдельной отрасли правовой науки (гражданской, уголовной, административной, международной и др.).

Родовое понятие строится на основе общности признаков, присущих всем без исключения разновидностям данного рода. Одни и те же предметы, явления, термины логически могут быть соединены в разные роды (в зависимости от избранного классификационного признака). Каждое из таких родовых понятий может быть раскрыто только через свои родовые признаки, а не через признаки другого рода, иначе теряется смысл самостоятельности данного родового понятия. Но в основе выбора классификационного признака (или их совокупности) должно быть нечто, ведущее к разграничению существенного в природе вещей или явлений или в практическом предназначении. Можно животный мир разделить на безногих, двуногих и многоногих или зеленых и незеленых и т.п. Образовать искусственное родовое понятие нетрудно. Но такая классификация ничего не дает ни теории, ни практике. Именно к этому ведет создание общей теории договора. В лучшем случае такое понятие, как общее не будет работать, ибо в нем будут потеряны важные признаки отраслевых договоров. Более перспективный путь изысканий — вывести отдельные договоры из пограничных зон различных отраслей права и исследовать каждый из договоров с помощью научного инструментария соответствующей отрасли права.

ТЕМА: ВИДЫ ДОГОВОРОВ

ДОГОВОР ESCROW[1] (ЭСКРО)

А. Диденко, Д. Хёрши

Если внимательно проследить тенденции развития договорных отношений в современной хозяйственной жизни, то можно с большой долей уверенности утверждать, что договор, правовым особенностям которого посвящена настоящая статья, займет заметное место в системе договоров с участием банков и в ситуациях, когда плательщик нуждается в снижении риска потери средств, а продавец — неполучения средств. Такая уверенность основана, с одной стороны, на фактах все большего количества заключаемых как в Казахстане, так и в России и других государствах СНГ договоров эскро, с другой — на той действительности, которая свидетельствует о сильном проникновении в национальное законодательство и правоприменительную практику системы американского права с хорошо отработанными элементами данного договора. Кроме того, данный договор имеет много реальных преимуществ по сравнению с известными законодательству приемами обеспечения интересов контрагентов. Однако, на сегодняшний день казахстанское законодательство не знает даже термина «эскро».

Б. Г. Федоров в «Англо-русском банковском энциклопедическом словаре» дает определение «escrow» контракта, как соглашения или документа, который находится на хранении у третьего лица в запечатанном виде и вскрывается и вступает в силу только при выполнении определенного условия, а эскро счета (в дальнейшем мы будем использовать более русифицированное наименование «эскро») как залогового счета в банке, на котором блокируются средства за покупку товара в качестве гарантии завершения товарообменной операции, или как счета, который находится в руках третьей стороны до урегулирования отношений между двумя принципалами (выполнения сделки)[2]. В другом словаре[3] «escrow» определяется как документ с подписями и печатью,

---

[1] Нами используется более русифицированная транскрипция английского наименования договора — *эскро.*

[2] *Англо-русский* банковский энциклопедический словарь.— СПб., 1995.— С. 134.

[3] *Финансы:* Оксфордский толковый словарь.— М., 1997.— С. 139.

который полностью оформлен, но выдан с условием, что он не вступит в силу до наступления какого-либо события. Сразу после того, как произойдет указанное событие, документ вступает в силу и уже не может быть аннулирован. В банках часто открываются условно блокированные счета, на которых аккумулируются средства, предназначенные для уплаты налогов, страховых премий по полису страхования, заложенной недвижимости и т.д.

Предложенные определения, как это и должно быть в подобного рода словарях, намечают лишь внешние признаки явления, обозначаемые тем или иным термином. Для правовой науки — это лишь начальная стадия расшифровки сущности явления.

Договор эскро заключается после заключения основного договора купли-продажи, займа, аренды и других с целью открытия специального счета эскро, средства которого подлежат использованию для расчетов с кредиторами стороны, предоставляющей товар, деньги, услуги другой стороне по основному договору, а также для оказания иных услуг. Договор эскро не сводится лишь к открытию счета и проведению расчетных операций. Агент может оказывать принципалам и иные услуги. Например, агент берет на себя обязанность по оформлению прав на продаваемое недвижимое имущество и по регистрации сделки. В силу Закона РК от 31 августа 1995 г. «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан» названы виды деятельности, запрещенные и ограниченные для банков (ст. 8). Среди последних нет запрета и ограничений на оказание услуг, связанных с оформлением сделок, регистрацией прав и т.п. Банк может осуществлять доверительные операции в форме управления денежными средствами принципала (ст. 30 Закона).

Основной договор. Основной договор может быть как определенного вида, так может носить и смешанный характер. Примером основного договора определенного вида может служить встречающийся в казахстанской практике заключения договоров эскро договор купли-продажи квартиры (в США заключение договора эскро при продаже домов — обычный способ обеспечения интересов сторон). Иллюстрацией смешанного характера основного договора является одно из соглашений с участием иностранной и казахстанской компаний, по которому стороны договорились о продаже движимого имущества и имущественных прав, об аренде недвижимого имущества и субаренде земельного участка. Другим примером этого же рода служит договор,

по которому продавец обязался продать покупателю продукцию и найти для покупателя приобретателей продукции последнего с тем, чтобы средства, причитающиеся покупателю, зачислялись на счет эскро для оплаты требований продавца.

Стороны основного договора обязуются после его заключения заключить договор эскро с агентом. Соглашение о заключении договора эскро в будущем представляет собой предварительный договор[1]. Но последний обязывает участников основного договора друг перед другом лишь найти необходимого агента и сделать ему оферту по заключению договора эскро, а вовсе не обязанность заключить последний, поскольку одна из сторон договора эскро (агент) участия в предварительном соглашении не принимала. По нашему мнению, данный предварительный договор одновременно обозначает отлагательное условие в договоре, ненаступление которого (то есть незаключение договора эскро) ведет к тому, что основной договор не вступает в действие.

Стороны договора эскро. Их права и обязанности. Стороны рассматриваемого договора не имеют наименования, поскольку агентский договор не известен казахстанскому законодательству, но для удобства мы будем именовать их агентом и принципалами.

Особенностью данного договора является то, что в нем всегда участвуют три стороны. В договоре эскро на одной из сторон выступают два лица, которые в то же время являются контрагентами по основному договору (продавец и покупатель, займодавец и заемщик и т.д.). Поскольку договор эскро является двусторонним, то есть каждый из контрагентов имеет как права, так и обязанности, то сторона (на которой участвуют принципалы) выступает как в роли должника, так и кредитора. Казахстанское законодательство определяет порядок исполнения при множественности лиц в обязательстве следующим образом: «если в обязательстве участвуют несколько кредиторов или несколько должников (обязательство с множественностью лиц), то каждый из кредиторов имеет право требовать исполнения, а каждый из должников обязан исполнить обязательство в равной доле с другими, поскольку из законодательства или условий обязательства не вытекает иное (долевое обязательство)» (ст. 286 ГК). Таким образом, когда принципалы выступают в роли кредитора, то по отношению к агенту эскро они имеют право долевого требования, а когда в роли должника — они несут долевую

[1] Предварительному договору посвящ. отд. ст. А. Г. Диденко в наст. изд.— С. 153.

ответственность. Но эти правила носят диспозитивный характер и в конкретных договорах эскро встречаются формулировки о солидарной ответственности содолжников. Отдельные формулировки иногда создают неясность в вопросе о том, идет ли речь о солидарном или долевом обязательстве. Например, в договоре указывается, что то или иное требование сокредиторы могут заявить агенту эскро «вместе». Слово «вместе» может истолковываться как необходимость принятия согласованного решения либо как право любого из кредиторов заявить соответствующее требование при предполагаемом согласии другого. Таким неясностям не должно быть места в договоре.

Связи между сторонами в данном договоре носят многообразный характер. Как уже указывалось, принципалы могут являться содолжниками или сокредиторами, кроме того, агент может быть связующим звеном между принципалами, выполняя их поручения; агент может также находиться в автономных отношениях с каждым из принципалов. Основные права и обязанности сторон привязаны к эскро-счету.

Эскро-счет. Условие об открытии эскро-счета — центральное условие договора эскро. Инициатором открытия данного счета может быть как плательщик, так и лицо, передающее товар или оказывающее услугу. Например, немецкая фирма, поставляющая горно-шахтное оборудование для одного из предприятий г. Караганды, потребовала от плательщика открытия счета эскро в связи с тем, что плательщик не вовремя оплачивал продукцию.

Стороны основного договора и банк определяют в договоре, как правило оформляемом в виде отдельного соглашения, свои взаимоотношения по поводу управления счетом эскро.

Стороны определяют момент открытия счета. Он может быть определен моментом заключения основной сделки или завершением какого-либо подготовительного этапа сделки, или другими моментами. Указываются сумма, подлежащая перечислению на счет, обязанности агента эскро по уведомлению сторон о получении денег, определяется счет, на котором будут храниться средства.

Предоставление денежных средств продавцу (заемщику, арендодателю и т.д.) производится только по распоряжению покупателя (займодавца, арендатора и т.д.). Данная процедура может расписываться в договоре достаточно детально. Например, указывается, кто должен подписывать платежные поручения, в какой срок должны быть перечислены агентом средства и т.п.

В конце каждого определенного сторонами периода банк отчитывается перед принципалами о проведенных за этот период операциях.

Принципалы оплачивают расходы банка по оказанию услуг.

Счета эскро обычно имеют такую же процентную ставку, как депозитные счета.

Счет эскро по своим обеспечительным свойствам схож с аккредитивом, при выставлении которого плательщик, также как и при счете эскро, гарантирует себя от нецелевого или неправомерного использования средств их получателем (стороной, предоставляющей товары, услуги), а последний — от неоплаты предоставленных товаров, услуг. Однако эскро-счет более удобен, чем аккредитив, в случаях длительных хозяйственных связей сторон, либо когда аккредитивная форма расчетов неприменима. Например, в одном из банков г. Алматы был открыт счет эскро для оплаты покупки квартиры между двумя гражданами. Покупатель, не будучи уверен в надежности продавца, зачислил свои деньги на счет эскро. В дальнейшем сделка сорвалась по вине продавца, отказавшегося продать квартиру, но интересы покупателя не пострадали. Если бы счет эскро не был открыт и расчет производился в обычном порядке, то у покупателя существовал бы высокий риск либо вообще не вернуть деньги, переданные продавцу до оформления сделки (в форме задатка или частичной предварительной оплаты), либо получить их назад с большими трудностями.

Нормальным способом прекращения договора эскро является его исполнение, которое обычно связано с исполнением основного договора и уплатой обусловленного вознаграждения агенту эскро. В договоре могут быть названы иные обстоятельства, прекращающие его действие. Например, в один из договоров эскро было включено условие о том, что если договор купли-продажи не будет зарегистрирован в течение 30 дней с момента подписания договора купли-продажи агент возвращает сумму, зачисленную на счет эскро.

Обычно стороны определяют в договоре условия досрочного прекращения обязанностей. Особенность состоит в том, что продавец и покупатель или иные стороны основного договора (в зависимости от вида договора) должны принять согласованное решение об освобождении агента эскро от его обязанностей. Если агент эскро по собственной инициативе по допускаемому основанию досрочно прекращает свои обязанности, то он должен сохранить средства, переданные ему на условиях эскро, и передать их лицу, определенному контрагентами.

Серьезной проблемой является определение вида договоров, к которым относится договор эскро.

В системе англо-американского права договор эскро относится к агентскому договору. Об этом свидетельствуют термины, используемые в конкретных договорах, когда одним из их участников являются компании США и Англии: агент, принципал, а также права и обязанности, которыми наделяются агент и принципал. ГК России содержит специальные нормы, посвященные агентированию (ст. 1005–1011). В ГК Республики Кыргызстан также имеются соответствующие нормы (ст. 843—849). Однако, как нам кажется, ни в России, ни в Кыргызстане договор эскро не вписывается целиком в агентские отношения, поскольку наряду с агентированием законодательство этих республик знает договоры поручения, комиссии, оказания услуг, которые в англо-американском праве поглощаются агентским соглашением.

ГК РК не выделяет агентский договор в отдельную группу договоров, поэтому возможен взгляд, что в Казахстане необходимо руководствоваться общей нормой о смешанном договоре и специальными нормами, относящимися к договорам комиссии, поручения, посредничества. Ст. 381 ГК предусматривает, что стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законодательством (смешанный договор). К отношениям сторон по смешанному договору применяется в соответствующих частях законодательство о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора. Однако, идея смешанного договора зиждется на том, что в конкретном договоре присутствуют условия, свойственные разным видам договоров, закрепленным в законодательстве. В тех же случаях, когда стороны конкретного договора формируют условия, которые не знакомы существующим видам договоров, необходимо говорить о новом виде договора, который не предусмотрен законодательством, но не противоречит ему. Для России договор эскро — смешанный вид договора, поскольку российское законодательство знает и агентский договор, и договор оказания услуг. Эти договоры не предусмотрены в действующем ГК, а в проекте Особенной части ГК РК урегулирован лишь договор оказания услуг, поэтому в казахстанском гражданском законодательстве этому договору следует отводить место в разряде не смешанных, а новых, непоименованных видов договоров.

Отдельными чертами договор эскро напоминает договоры пору-

чения, комиссии, доверительного управления имуществом. Его отличие от последних заключается в следующем.

1. Договор эскро — всегда трехсторонняя сделка, в то время, как перечисленные сделки носят двусторонний характер и появление в них фигуры третьего лица возможно лишь в качестве некоего фантома, специально созданного контрагентами для удовлетворения своих определенных интересов. Интерес одного из контрагентов может состоять в том, чтобы в допускаемых законодательством или договором случаях возложить исполнение на третье лицо или, например, в договоре комиссии возможно повысить гарантии исполнения договора третьим лицом путем установления по соглашению между комитентом и комиссионером условия о делькредере (ручательства комиссионера за исполнение сделки третьими лицами). Вообще варианты появления третьих лиц в двусторонних сделках достаточно многочисленны[1]. Но во всех названных случаях третьи лица состоят в отношениях только с одной из сторон и не становятся участниками многосторонней сделки. Специфика правового положения получателя денежных средств в договоре эскро заключается в том, что хотя получатель и является стороной договора, объем его прав, роль и значение в договорных отношениях весьма малы, что сближает его статус с положением третьего лица в договоре, заключенном в пользу последнего. Но все же он отличается от простого бенефициария тем, что нередко инициирует заключение договора, участвует в подписании договора, контролирует его исполнение, оплачивает услуги агента и выполняет ряд иных функций, не свойственных обычному третьему лицу.

2. При доверительном управлении имуществом доверительный управляющий обязуется осуществлять от своего имени управление переданным в его владение, пользование и распоряжение имуществом. Объектом доверительного управления может быть любое имущество, включая деньги. От договора доверительного управления договор эскро отличается таким признаком, как возможность выступления агента от имени принципала, что невозможно в договоре доверительного управления. Е. А. Суханов совершенно точно подмечает, что «управляющий действует от своего имени, извещая, однако, третьих лиц о своем

---

[1] Виды правового статуса третьих лиц в договоре подвергнуты обстоятельной классификации М. И. Брагинским и В. В.Витрянским (см.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: Общие положения.— М., 1997.— С. 189–308.

особом положении. Данная ситуация не свойственна ни отношениям поручения, ни отношениям комиссии, ни агентированию... Термин «доверительное» применительно к управлению по данному договору носит условный характер и не имеет юридического значения»[1]. Нужно заметить, что проект Особенной части ГК РК не содержит указания на то, что при совершении сделок доверительный управляющий должен ставить контрагента в известность о своем правовом статусе управляющего. Это, разумеется, делает границу между правовыми институтами комиссии, доверительного управления и агентирования менее ясной, тем более, что проект ГК РК не упоминает об агентских отношениях.

3. От договоров поручения и комиссии договор эскро отличается тем, что в нем отсутствуют элементы лично-доверительных отношений как в поручении, а в отличие от комиссии агент эскро действует не от своего имени, а от имени клиента.

Следует иметь в виду, что договоры эскро заключаются, в основном, с иностранными партнерами, поэтому в договоре может содержаться оговорка о применимом праве другого государства, нормы которого по-иному регламентируют отношения сторон по данному договору. В частности, в нескольких договорах мы встречали указание на применимое право штата Нью-Йорк. Поэтому важно иметь представление об иностранном законодательстве, относящемся к агентским отношениям.

Рассмотрим основные положения американского законодательства, которые касаются договора эскро.

Эскро, как разновидность контрактных отношений, является предметом общего права. Это значит, что правовые нормы, применимые к отношениям эскро, разрабатывались постепенно в результате судебных решений к конкретным делам. В США вопросы договорного права относятся, как правило, к компетенции отдельных штатов.

Сегодня договор эскро, как и любой другой договор, регулируется не только прецедентными нормами общего права, но также законодательными актами всех штатов.

Многие аспекты договорного права в целом и договора эскро в частности охвачены Единообразным Торговым Кодексом (Uniform Commercial Code, далее «UCC»). UCC представляет собой модельный закон, кодифицирующий общее право в таких отраслях права, как про-

[1] См.: Правовое регулирование банковской деятельности / Под ред. Е. А. Суханова.— М., 1997.— С. 87.

дажа товаров, банковские операции, аккредитивы, обеспечение обязательств, договорные отношения и другие отрасли коммерческого права. UCC был разработан и периодически пересматривается неофициальной ассоциацией «American Law Institute», членами которой являются видные американские судьи и ученые-юристы. Законодательные органы всех штатов приняли UCC с определенными коррективами.

Хотя в каждом штате есть свои правовые нормы, относящиеся к договору эскро, можно дать общее представление о том, какие правила регулируют договор эскро, в каких целях и ситуациях он используется и какие теоретические вопросы возникают при применении договора такого типа.

В США договором эскро считается соглашение, обычно письменное, заключенное тремя или более сторонами: агентом и двумя или более принципалами. Согласно договору один из принципалов передает агенту определенные документы или имущество на хранение до выполнения указанного в договоре условия. С момента выполнения условия агент обязан совершить определенные действия, чаще всего передачу предмета эскро одному из принципалов либо третьему лицу, а иногда подготовку и передачу необходимых для сделки документов в государственные органы.

Договор эскро используется в разных ситуациях. В случае продажи предприятия, например, покупатель часто перечисляет часть цены на счет эскро до проведения проверки финансового состояния предприятия или же для того, чтобы обеспечить выполнение продавцом оговоренных в договоре купли-продажи гарантий. Если продаваемое предприятие занимается лицензируемой деятельностью — например, магазин, торгующий спиртными напитками — то законодательство штата нередко предусматривает обязательное перечисление цены покупки на счет эскро до переоформления лицензии на имя нового владельца магазина.

В случае передачи акций сертификаты акций часто передаются агенту эскро на хранение до оплаты акций покупателем. Возможно хранение ценных бумаг агентом эскро и в других ситуациях, например, когда право собственности на ценные бумаги оспаривается мужем и женой в процессе развода. До определения судом собственника ценных бумаг, они могут передаваться агенту эскро. В этих случаях договор эскро определяет, кто имеет право голосовать по данным акциям на собраниях акционеров, проводимых в течение срока действия договора эскро.

Как правило, дивиденды, полученные по данным акциям, хранятся на счете эскро до разрешения спора.

Договор эскро часто используется для обеспечения выполнения обязательств по контракту. Например, строительная фирма заключает договор с владельцем участка земли о постройке здания на этом участке. Согласно договору эскро строительная фирма перечисляет определенную сумму на счет эскро в качестве обеспечения надлежащего и своевременного выполнения своих обязательств.

Новые технологии порождают новые интересные и порой вызывающие острые дискуссии способы применения договора эскро. Например, пользователи компьютерного программного обеспечения по договору часто требуют нахождения кода данного программного обеспечения на хранении у агента эскро с тем, чтобы в случае ликвидации производителя программы пользователи имели доступ к информации, необходимой для обслуживания своих компьютерных систем. Менее популярными среди обитателей Интернета являются предложения некоторых конгрессменов об обязательном хранении на условиях эскро «ключей» шифрования для передачи правоохранительным органам в случае передачи зашифрованных данных по Интернету с целью скрыть преступные действия.

Договор эскро должен содержать ряд основных условий. Прежде всего в нем должно быть определено имущество, которое передается агенту на хранение, а также информация об основной сделке, которую обеспечивает договор эскро. В договоре подробно указываются условия, при выполнении которых агент эскро обязан предпринять действия по отношению предмета эскро, а также предусматривается, при каких документальных или иных подтверждениях факта наступления условий агент уполномочен действовать. Договор эскро предусматривает, какие действия агент должен совершить в случае, если условия не выполняются в определенный срок или выполняются частично. В общем, условия договора эскро должны как можно более конкретно и подробно изложить права и обязанности агента, чтобы довести до минимума необходимость принятия агентом самостоятельных решений.

Договор эскро обычно содержит положение о том, что агент не имеет никаких других договорных или прочих обязательств перед принципалами, кроме обязательств держать имущество, передать его указанному лицу, совершить другие действия в связи с договором эскро, принципалы, как правило, гарантируют агенту возмещение любых убыт-

ков, за исключением понесенных в результате нарушения агентом своих обязанностей по договору эскро. Договор эскро предусматривает вознаграждение и возмещение расходов агента.

Обычно договор эскро предусматривает, что он не может быть расторгнут, кроме как по взаимному согласию принципалов. Если принципал, который передал имущество агенту на хранение, имеет право взять его обратно в одностороннем порядке, то отношения между принципалами не носят характер эскро.

Таковы основные условия договора эскро по американскому праву.

Конечно, договор, составленный для каждой конкретной цели, имеет свои особенности и содержит дополнительные положения. Например, когда акции являются предметом договора эскро, договор указывает, кто имеет право голосовать и получать дивиденды по данным акциям в течение срока договора эскро. Если предметом договора являются деньги, то договором определено, куда эти деньги должны быть инвестированы на время эскро.

Теперь рассмотрим более детально использование эскро в одной конкретной ситуации и правовые вопросы, которые возникают в связи с ней.

В американском праве «deed» представляет собой акт передачи прав собственности на землю. Он служит доказательством согласия сторон передать право собственности. Для передачи земли такое доказательство согласия должно быть официально передано. Передача состоит из двух действий: предоставление (tender) продавцом и принятие (acceptance) покупателем. Право собственности переходит в момент передачи акта. Самое убедительное доказательство официальной передачи — это физическая передача акта покупателю или его агенту.

Однако, в целях защиты интересов сторон, продавец часто передает акт не покупателю, а агенту эскро. Агент эскро обязуется передать акт покупателю при выполнении определенных условий, чаще всего оплаты покупателем цены участка. Агентом эскро должен быть субъект, заключивший договор эскро не только с продавцом, но и с покупателем, поскольку, если агент имеет обязанности только перед продавцом, то последний не теряет контроля над актом передачи права собственности, и, соответственно, интересы покупателя не защищены.

Таким образом агент эскро имеет агентские отношения и с продавцом, и с покупателем недвижимости. Здесь возникает вопрос: в какой момент происходит официальная передача акта — тогда, когда прода-

вец передает его агенту эскро, или тогда, когда агент эскро вручает акт покупателю после выполнения предусмотренных в договоре условий?

В США разные суды пришли к разным выводам по этому вопросу. В большинстве штатов существует общее правило, что в случае продажи участка земли с передачей акта агенту эскро до оплаты покупателем, официальная передача акта (и, соответственно, переход права собственности на участок) происходит в момент вручения акта агентом покупателю после выполнения условий. Однако в момент передачи акта продавцом агенту эскро покупатель приобретает обязательственное право обратиться в суд с просьбой о реальном исполнении в случае нарушения продавцом своих обязательств по договору эскро.

А как быть в том случае, если агент эскро ошибочно или неправомерно передает акт покупателю без надлежащего доказательства выполнения условий? Считается ли это официальной передачей? На этот вопрос следует дать отрицательный ответ, ибо передача акта является выражением согласия сторон передать права собственности на недвижимость. В данной ситуации согласие продавца отсутствует, поэтому переданный акт не имеет юридической силы.

В США договор эскро используется в самых различных ситуациях. Поэтому в связи с применением такого типа договора возникают разные и всегда новые правовые вопросы, на которые американское право еще не дало исчерпывающие ответы.

ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ДОГОВОР

А. Диденко

Формирование гражданского законодательства Республики Казахстан ставит перед гражданско-правовой наукой две важные задачи. Первая — оценка эффективности норм этого законодательства. В этой сфере мы имеем довольно пеструю картину. С одной стороны, ГК и основанное на нем законодательство содержат добротные нормы права, реально и целенаправленно изменяющие экономическую систему общества. Эти правила дополняются многочисленными актами, выполняющими в законодательстве роль своеобразных «хрущевских поселков», которые позволяют удовлетворить сиюминутные нужды правового регулирования. С другой стороны, стремясь подтянуться к мировым стандартам, ГК и иное гражданское законодательство заимствовали правовые конструкции развитых капиталистических стран. Применительно к уровню нашего рынка в этих конструкциях нет нужды, и поэтому их судьба напоминает судьбу римского права после завоевания Рима варварами — оно было невостребованно.

Вторая задача — оценка качества текста ГК. Значение законодательной техники ясно юристу. Но для столь масштабного закона, как ГК, оно многократно актуализируется. Ибо если хорошо написанный закон может быть неэффективным, то плохо написанный не может быть эффективным. Подменять право литературными произведениями опасно, но уж если последние в области законотворчества создаются, то они должны быть такими, какие могли бы быть со временем востребованными.

На примере анализа одной статьи ГК можно увидеть трудности, доходящие до полной невозможности уяснения содержания нормы, допущенные небрежности в области законодательной техники, филологической обработки текста в законе, который часто именуется второй Конституцией, что по сегодняшнему состоянию дел, выражаясь философским языком, верно для мира должного, но не для мира сущего.

Гражданский кодекс Республики Казахстан ввел неизвестное ГК 1964 г., но знакомое практике понятие предварительного договора. Ст. 390 ГК определяет предварительный договор как такой договор, по которому стороны обязуются в будущем заключить основной договор

о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг на условиях, предусмотренных предварительным договором. Предварительный договор должен содержать условия, позволяющие установить предмет, а также другие существенные условия основного договора.

Названные правила дают возможность отграничить желание двух или более лиц стать партнерами от решения стать партнерами. Кстати, Гегель, размышляя над этим вопросом, говорил: «Различие между простым обещанием и договором заключается в том, что я хочу подарить, сделать, выполнить, выражено как относящееся к будущему и остается еще субъективным определением моей воли, которое я поэтому могу еще изменить. Напротив, стипуляция договора уже сама есть наличное бытие решения моей воли.... изъявление стипуляции не есть изъявление вообще, а содержит установленную общую волю, в которой произвол умонастроения и его изменения снят. Речь, следовательно, идет не о том, что другой мог быть или стать в глубине души иначе настроенным, а о том, имеет ли он на это право. Возможность неправового произвола я сохраняю и тогда, когда другой уже начинает выполнять свои обязательства»[1].

В сложных контрактах подписанию предшествуют разнообразные контакты будущих партнеров, в которых взвешивается общая целесообразность заключения договора, ведется поиск отдельных взаимоприемлемых решений, в том числе о заключении договора в будущем. Но любые соглашения не могут превратиться в обязательство до тех пор, пока они не охватят собой существенных условий будущего договора. Это утверждение относилось к числу теоретически очевидных и тогда, когда не было записано в законе. В странах общего права судебная практика исходит из того, что соглашение о достижении соглашения в будущем не является договором; также нет договора, если какое-либо существенное условие не установлено, не предписывается в подразумеваемой форме правом и документ не содержит какого-либо механизма для его определения[2]. В нашем законодательстве такой подход приобрел ясную формулировку, что отвечает запросам практики.

Не вызывает возражений требование письменной формы предварительного договора под угрозой его недействительности в случае нарушения формы.

---

[1] *Гегель.* Философия права.— М.,1990.— С. 133.

[2] *Ансон В.* Договорное право.— М.,1984.— С. 46.

Достигнута важная определенность в установлении срока заключения основного договора — срок должен быть указан в предварительном договоре, в противном случае основной договор подлежит заключению в течение года с момента заключения предварительного договора.

Другие положения этой же статьи требуют более пристального рассмотрения.

Более всего архитектуру ст. 390 ГК портит п. 7 данной статьи, который гласит, что протокол о намерениях (договор о намерениях), если в нем прямо не предусмотрено намерения сторон придать ему силу предварительного договора, не является гражданско-правовым договором, и неисполнение его не влечет за собой юридических последствий. Между прочим, текстуально совпадающая в остальном со ст. 390 ГК РК ст. 429 ГК Российской Федерации не включает норму, подобную п. 7 ст. 390 ГК РК.

Документы, именуемые протоколом намерений, соглашением о намерениях и т.п., широко используются в контрактной практике. Законодатель попытался определить их правовое значение, основываясь на формальном моменте — наименовании документа. И в итоге получилось, что если стороны не назвали составленный и подписанный ими документ протоколом о намерениях, то достаточно отразить в нем условия, позволяющие установить предмет и другие существенные условия основного договора, чтобы он считался предварительным договором, а если назвали, то, несмотря на наличие в нем названных условий, нужно дополнительно прямо указать, что этот документ — предварительный договор. Здесь имеется прямое противоречие с п. 3 ст. 390 ГК, который увязывает понятие предварительного договора только с наличием в нем условий о предмете и других существенных условиях основного договора. Кроме того, когда в тексте документа стороны не указывают, что придают своему соглашению значение предварительного договора, то по смыслу п. 7 ст. 390 ГК договор о намерениях превращается в неюридическую категорию. И тогда некорректно в законе употреблять термин «договор о намерениях», ибо в частном праве понятие договора всегда имело строго определенное значение.

Судебная практика исходит из существа соглашения, а не из его наименования. Например, суд признал юридическое значение за протоколом намерений, подписанным между «Ак-Отау» и СП-7, хотя в нем не было прямо сказано, что это предварительный договор, о переофор-

млении функций заказчика на СП-7. На основании данного судебного решения горадминистрация произвела переоформление земельного участка на нового заказчика.

В отношении протокола намерений наше законодательство чрезмерно формалистично и исходит не из существа намерений, а сугубо внешних реквизитов.

Вышесказанное не относится к схоластическим изысканиям кабинетного свойства, а имеет прямое практическое значение. Так, Указом Президента Казахстана «О приватизации» от 23 декабря 1995 г. предусмотрено, что до подписания договора купли-продажи лицо, выигравшее торги, и продавец подписывают в день проведения аукциона или тендера протокол о результатах торгов. Какова правовая природа этого протокола? Я полагаю, что он полностью отвечает признакам предварительного договора, названным в пп. 1—3 ст. 390 ГК. В Положении об организации аукционов, коммерческих конкурсов по приобретению объектов государственной собственности в рамках малой приватизации, утв. постановлением Госкомимущества Республики Казахстан от 26 июня 1993 г., указано, что в протоколе содержатся сведения о комиссии по приватизации, аукционщике, победителе торгов, наименование объекта приватизации, начальная и окончательная цена торгов, а также обязательства сторон по подписанию договора купли-продажи и ответственность покупателя за отказ от подписания договора купли-продажи. Иными словами, формальная определенность условий протокола такова, что позволяет его считать предварительным договором. Интересны последствия уклонения сторон от подписания протокола и основанного на нем договора купли-продажи. Прежде всего, они различны для продавца и покупателя. Продавец-государство находится в преимущественном положении, так как упомянутый Указ (п. 6 ст. 14) ограничивается констатацией недопустимости для продавца уклоняться от подписания протокола и договора купли-продажи, в то время как для покупателя определяет санкцию — утрату внесенного им гарантийного взноса и возмещение продавцу убытков в части, не покрытой гарантийным взносом. Данная норма Указа «О приватизации» соответствует Гражданскому кодексу, ибо и п. 4 ст. 9 ГК, и п. 5 ст. 390 ГК позволяют ограничивать законодательством возможность взыскания убытков, что и сделал Указ в отношении продавца. Другой вопрос, что этого не следовало делать, льготируя и без того могущественному партнеру.

Каковы последствия невозможности исполнения предварительного договора и, следовательно, незаключения основного договора в срок, если невозможность заключения основного договора произошла не по вине сторон? Применяются ли правила о невозможности исполнения? Практическую остроту этот вопрос приобретает тогда, когда по предварительному договору были произведены выплаты. Правительство Казахстана подписало протокол о намерениях с инофирмой, получило от нее аванс, а потом наступила невозможность исполнения, так как российским законодательством было запрещено использовать территорию России, необходимую для исполнения данного обязательства. Если названный протокол о намерениях есть договор — наступают одни последствия, если нет — другие. Заинтересованная сторона (та, которая получила исполнение) может строить свои аргументы таким образом: есть общее правило ст. 374 ГК о последствиях невозможности исполнения, когда ни одна из сторон в этом не виновата, и в ней предусмотрен возврат исполненного. П. 6 ст. 390 ГК является специальной нормой, рассчитанной на прекращение специфического обязательства. П. 5 ст. 390 ГК подтверждает рассуждение о специальном характере норм о данном обязательстве, ибо повторяет общее правило о возмещении убытков, иначе не было бы смысла в повторении. В п. 6 ст. 390 ГК не предусмотрен возврат исполненного. Следовательно, применяется специальное правило о сохранении исполненного у получившего. Внутренняя логика пунктов 5,6 ст. 390 ГК именно такова и она нарушает общую логику построения норм о последствиях нарушения и прекращения обязательства, поэтому представляется, что эти пункты в данной статье являются лишними. Из содержания этих пунктов следует оставить лишь фразу: «незаключение предварительного договора в установленные сроки прекращает предусмотренные им обязательства». Тогда будет ясно, что действуют общие нормы об убытках и последствиях прекращения обязательства.

Следующий вопрос — о возможности понуждения сторон предварительного договора к заключению основного договора. Возможность такого понуждения предусмотрена п. 4 ст. 399 ГК: «Если сторона, для которой в соответствии с настоящим Кодексом или законодательными актами заключение договора обязательно, уклоняется от его заключения, другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор.

Сторона, необоснованно уклоняющаяся от заключения договора,

должна возместить другой стороне убытки, вызванные отказом заключить договор».

Последняя часть цитируемой статьи дополнительно подтверждает необходимость отмены пункта 5 ст. 390 ГК, так как этот пункт повторяет процитированный текст ст. 399 ГК.

Как указывалось выше, Указ Президента Казахстана «О приватизации» устанавливает обязанность подписать протокол и договор купли-продажи только для продавца, то есть эта обязанность носит односторонний характер. Поэтому понудить к заключению договора можно только продавца, а не покупателя. В России об этом прямо говорится в постановлении Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 2 декабря 1993 г. «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о приватизации государственных и муниципальных предприятий», в котором сказано, что споры о понуждении продавца к заключению указанного договора, а также об урегулировании разногласий сторон, возникающих при его заключении, подведомственны арбитражным судам. В. В. Витрянский подчеркивает, что действующее законодательство не предусматривает возможности понуждения к заключению договора купли-продажи приватизированного имущества лица, признанного покупателем государственного или муниципального имущества[1].

Вышеизложенная позиция при строгом юридическом подходе не выдерживает проверки на прочность. Прежде всего, и ст. 390 ГК, и Указ «О приватизации» используют слова «уклонение от заключения договора» как охватывающие все случаи незаключения основного договора. Но термин «уклонение» означает нежелание кого-либо исполнить свою обязанность, в то время как законодательство знает случаи, когда такой обязанности у одной из сторон не существует, и поэтому нельзя говорить об уклонении этой стороны от выполнения обязанности. А если это так, и одна из сторон вправе не заключать основной договор, то закон не может говорить о взыскании с нее убытков, то есть о применении к ней главной гражданско-правовой санкции.

Кроме того, п. 5 ст. 390 ГК диспозитивен в отношении обязанности по возмещению убытков, но не обязанности по заключению договора, предусмотренного предварительным договором. Поэтому Указ «О приватизации» в части, позволяющей покупателю отказаться от подпи-

[1] См. Комментарий части первой ГК Российской Федерации для предпринимателей.— М.: Фонд «Правовая культура», 1995.— С. 336.

сания договора купли-продажи, противоречит букве ст. 390 ГК, следовательно, в силу п. 2 ст. 3 ГК не должен применяться. Очевидно, в ст. 390 ГК следовало бы указать, что в законодательстве или в предварительном договоре могут быть предусмотрены случаи, когда стороны предварительного договора вправе отказаться от заключения предусмотренного ими договора и определены последствия такого отказа.

ИСТОРИЯ КАФЕДРЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

А. И. БЕСПАЛОВА (1923—1985)

Ю. Басин

В истории кафедры гражданского права видное и достойное место занимает кандидат юридических наук, доцент Ариадна Ивановна Беспалова.

Мне довелось работать с ней много лет со дня моего прихода в Алматинский государственный юридический институт в декабре 1952 года до ее безвременной кончины.

Незадолго до моего появления Ариадна Ивановна с семьей приехала в Алма-Ату после успешного окончания аспирантуры при Московском государственном университете и блестящей защиты в Москве кандидатской диссертации.

На нашей кафедре она выделялась не только своим боевым прошлым (участием в Великой Отечественной войне), но и глубиной знаний, педагогическим талантом, душевным отношением к студентам, их нуждам, запросам, пожеланиям. В короткое время она заслуженно завоевала уважение и авторитет во всем коллективе. Ее лекции вызывали неизменное восхищение слушателей не только эрудицией, но и блестящим ораторским мастерством.

В не меньшей степени она проявила себя, как автор юридических публикаций, которые только-только начинали разворачиваться казахстанскими специалистами гражданского права. Учебники, статьи, учебные, методические и практические пособия Ариадны Ивановны были хорошо известны и высоко ценились во всех юридических учебных и научных центрах СССР. Она публиковалась в московских и ленинградских сборниках, была соавтором общесоюзного учебника по гражданскому праву, участвовала в создании проектов многих законодательных актов по семейному и гражданскому праву, в научно-практических комментариях.

В последние годы жизни она опубликовала серьезные научные исследования, посвященные регулированию деятельности государственных предприятий. Эти работы вызвали большой повсеместный научный интерес, они послужили основой ее докторской диссертации, над которой Ариадна Ивановна трудилась до последних дней своей жизни.

ПРАВО ОПЕРАТИВНОГО УПРАВЛЕНИЯ[1]

Ю. Басин, А. Беспалова

Государственное имущество, закрепленное за государственными организациями, состоит в оперативном управлении этих организаций, осуществляющих в пределах, установленных законом, в соответствии с целями их деятельности, плановыми заданиями и назначением имущества, права владения, пользования и распоряжения имуществом (ст. 21 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик (в дальнейшем «Основы»), ст. 87 ГК Казахской ССР.

Понятие оперативного управления государственным имуществом введено Основами и новыми гражданскими кодексами союзных республик. Старое законодательство (ГК РСФСР 1922 г.) содержало лишь нормы о праве государственной собственности, но не давало четкой характеристики положения государственного органа, который не является собственником, но использует государственное имущество для осуществления поставленных перед ним задач.

Естественно, что всякое новое понятие, вводимое в законодательную практику, проходит определенный испытательный период, когда выясняется круг отношений, к которым оно должно применяться, его внутреннее содержание, формы реализации соответствующих правомочий и т.п.

Право оперативного управления — форма реализации государственной собственности. Государство свое право собственности осуществляет через систему многих госорганов. Обладая правомочиями владения, пользования и распоряжения, оно реализует их через госорганы таким образом, чтобы обеспечить использование государственной собственности для решения стоящих перед социалистическим государством задач (осуществление расширенного социалистического воспроизводства, организация здравоохранения, просвещения, управленческой деятельности и т.д.) и в то же время обеспечить возможность для государства в целом, в лице его высших органов власти и управления, в любой момент распоряжаться любой частью государственной собственности. Эта возможность обеспечивается распределением права распо-

---

[1] Правовые науки и журналистика (Сборник статей). Выпуск 1.— Алма-Ата, 1969 г.

ряжения одними и теми же объектами за различными государственными органами, осуществляющими его в пределах, установленных законом, в соответствии со стоящими перед каждым из них задачами. Задачи эти различны. Одни госорганы непосредственно осуществляют производственную деятельность в сфере промышленности, сельского хозяйства, транспорта, связи и т.д., выполняют культурно-вос-питательные, просветительные, административные (в сфере организации общественного порядка) функции государства, используя для этого ту или иную часть государственной собственности. Другие основной своей задачей имеют организацию использования государственной собственности в той или иной сфере государственной деятельности. И, наконец, третьи обеспечивают общее руководство использованием государственной собственности в масштабах всего государства, предопределяя своими решениями направления развития народного хозяйства в целом, темпы развития отдельных его отраслей, отдельных административно-территори-альных единиц и т.д.

В отличие от распоряжения, допускающего по своей природе распределение его между различными государственными органами, владение и пользование объектами государственной собственности в любой данный момент может осуществлять только один госорган.

На то, что государство огромными массами своего имущества владеет не непосредственно, а только через свои органы, обратил внимание еще А. В. Венедиктов. Подчеркивая, что к государственной социалистической собственности неприменимы известные буржуазному праву категории так называемого посредственного и непосредственного или самостоятельного и несамостоятельного владения, поскольку каждый из этих владельцев имеет самостоятельные, нередко противоположные интересы и пользуется самостоятельным правом на владельческую защиту, он отмечал, что социалистические госорганы не могут иметь интересов, отличных от интересов государства и тем более противостоящих им, и что владение социалистического государства осуществляется и охраняется исключительно через владение его органов[1].

А.В. Венедиктов под владением понимал право фактического (физического или хозяйственного) господства над вещью, право «держать вещь в своих руках».

---

[1] *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность.— М.-Л., 1948.— С. 340–341.

Аналогичная концепция владения нашла отражение в работах Д. М. Генкина[1], С. М. Корнеева[2] и других.

А. А. Рубанов в диссертации, посвященной исследованию владения в социалистическом обществе, отграничивает владение, как экономическое явление, заключающееся в том, что вещь фактически находится у данного лица или организации, от субъективного права на владение, обеспечивающего им возможность владеть вещью. Владельцем он считает того, в чьей сфере потребления находится вещь. Владелец является законным, если у него есть и субъективное право на владение, и незаконным, если таковое отсутствует.

Однако так же, как и А. В. Венедиктов, он отвергает теорию двойного владения, возможность иерархии владельцев, поскольку не может быть посредственного и непосредственного процесса потребления вещи[3].

Невозможность принадлежности владения нескольким лицам одновременно была отмечена также Б. Б. Черепахиным[4].

Иная позиция нашла отражение в работе С. М. Корнеева «Право государственной социалистической собственности в СССР». Не настаивая прямо на существовании двойного владения в той или иной форме, он, тем не менее, полагает, что непосредственное владение имуществом (в смысле держания) государство осуществляет через предприятия, учреждения и организации, за которыми закрепляются материальные и денежные ресурсы. Вместе с тем, к осуществлению владения самим государством он относит разнообразные действия, совершаемые в процессе учета, определения правил и порядка хранения имущества и государственного контроля за законностью и целесообразностью его использования[5].

Хотел того автор или не хотел, им создана конструкция двойного владения, поскольку наряду с непосредственным владением, осуществляемым органами, за которыми имущество закреплено, какие-то функции владения осуществляет и само государство.

---

[1] *Генкин Д. М.* Право собственности в СССР.— М., 1961.— С. 82.

[2] *Корнеев С. М.* Право государственной социалистической собственности в СССР.— М., 1964.— С. 130.

[3] *Рубанов А. А.* Понятие владения в советском гражданском праве. Канд. диссертация.— М., 1956.— С. 8, 12, 15, 113, 187.

[4] *Черепахин Б. Б.* Виндикационные иски в советском праве. Ученые записки Свердловского юридического института. т. 1., 1945.— С. 49.

[5] Цит. работа.— С. 130.

Представляется, что действия, совершаемые вышестоящими госорганами в процессе учета имущества, определение правил его хранения и контроля над законностью и целесообразностью использования в одних случаях являются реализацией принадлежащего им права распоряжения, а в других — техническими действиями, которые совершает каждый собственник, но в которых не отражается ни экономическое, ни правовое отношение владения.

Государство владение имуществом осуществляет через систему своих органов, причем в каждый данный момент субъектом владения может быть только один орган, являющийся и субъектом пользования. Если нельзя пользоваться вещью не владея ею, нельзя быть и субъектом права пользования, не будучи субъектом права владения.

Правомочия отдельных государственных органов по отношению к различным частям государственной собственности не одинаково — в отношении одних они осуществляют владение, пользование и распоряжение, в отношении других — только право распоряжения.

Закрепленное новым гражданским законодательством право оперативного управления фиксирует положение тех государственных органов, которым предоставлена возможность владеть, пользоваться и распоряжаться определенной частью государственной собственности. Правомочия госорганов, только распоряжающихся государственной собственностью, находящейся в оперативном управлении подчиненных им хозорганов, в гражданском законодательстве прямого отражения не нашли.

«Правомочия государства — собственника не могут ни уменьшаться в своем объеме, ни ограничиваться правомочиями отдельных государственных организаций. На отдельные госорганы оно (государство — А. Б.) возлагает лишь осуществление неотъемлемо ему принадлежащих правомочий собственника»,[1] — писал А. В. Карасс.

Аналогичная позиция ярко выражена С. М. Корнеевым, который полагает, что осуществление юридическими лицами правомочий владения, пользования и распоряжения есть осуществление тех же правомочий государством через посредство юридических лиц.[2] По существу ее не опровергают и другие авторы, в той или иной связи касавшиеся этого вопроса. Даже Я. Ф. Миколенко, признающий госорганы соб-

[1] *Карасс А. В*. Право государственной социалистической собственности. 1954.— С. 184.

[2] *Корнеев С. М.* Цит. работа.— С. 125, 127, 130.

ственниками закрепленного за ними имущества, в то же время считает, что все права (в том числе и право собственности), принадлежащие государственному юридическому лицу, тем самым принадлежат самому государству.[1]

В то же время в вопросе о характере прав госорганов, в том числе и прав по владению, пользованию и распоряжению, наметились три различные точки зрения. Сторонники первой полагают, что госорганы не обладают и не могут обладать никакими особыми правами, которые не были бы в то же время правами самого государства. Эта точка зрения нашла отражение в работах Д. М. Генкина[2], Я. Ф. Миколенко[8] , А. В. Карасса[4].

Ю. К. Толстой, напротив, пришел к выводу, что госорганы обладают правами, отличными от прав государства, которые, однако, не сталкиваются с правами на то же имущество самого государства, потому что все права госоргана являются средством выполнения его обязанностей перед государством[5].

Автор считает, что в обсуждаемом вопросе он занимает ту же позицию, что и А. В. Венедиктов. С этим, однако, трудно согласиться. Представляется, что позиция А. В. Венедиктова отлична от двух изложенных и является наиболее правильной.

Ю. К. Толстой опирается на следующую фразу в работе А. В. Венедиктова: «Неправильно было бы утверждать, что госорган не имеет никаких прав, отличных от прав самого государства».

Но А. В. Венедиктов не ограничился этим утверждением, он в то же время неоднократно подчеркивал единство прав государства и правомочий его органов, как необходимое средство осуществления прав государства, диалектическое единство и различие государства и его органов, как целого и части[6] .

---

[1] *Миколенко Я. Ф.* Государственные юридические лица в советском гражданском праве //Советское государство и право, 1951 г., № 7. С.45-53.

[2] *Генкин Д. М.* Роль советского гражданского права в использовании экономических законов социализма // В сб. «О роли права в использовании объективных экономических законов».— М, 1954.— С. 53.

[3] *Миколенко Я. Ф.* Цит. работа.— С. 46.

[4] *Карасс А. В.* Право государственной социалистической собственности.— М., 1954.— С. 261.

[5] *Толстой Ю. К.* Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР.— М., 1955.— С. 86–87.

[6] *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность, 1948.— С. 854.

Правомочия госорганов не тождественны правомочиям самого государства, ибо это правомочия лишь части целого. В то же время у госоргана нет правомочий, которые не были бы правомочиями самого государства, ибо то, что принадлежит части, тем самым принадлежит и целому.

Владение, пользование и распоряжение имуществом госорганы осуществляют от собственного имени, это их правомочия, но это правомочия и государства, поскольку каждый госорган — лишь его часть. В то же время права части не могут быть тождественны правам целого. Любые госорганы в пределах своей компетенции в отношении государственного имущества осуществляют права самого государства, и вне своих органов государство функции собственника осуществить не может. Речь может идти не об отграничении прав госорганов от прав самого государства, как это получилось у Ю. К. Толстого, а лишь о разграничении прав различных государственных органов в отношении одного и того же имущества.

Одни госорганы осуществляют право оперативного управления имуществом, другие, в качестве вышестоящих органов государственного управления, каждый в пределах своей компетенции, осуществляют распоряжение тем же имуществом.

Принадлежащие государству правомочия владения, пользования и распоряжения в отношении той или иной части государственной собственности существуют и реализуются через сумму принадлежащих различным государственным органам правомочий владения, пользования и распоряжения в отношении той же части государственной собственности и ни в какой иной форме существовать не могут.

Отмеченное соотношение между правами государства и его органов находит подтверждение и в тексте закона.

Провозгласив государство единым собственником государственного имущества, Основы исходят из того, что его правомочия владения, пользования и распоряжения ничем и никак не ограничены (ст. 21). В соответствии со ст. 19 Основ собственнику принадлежат права владения, пользования и распоряжения имуществом в пределах, установленных законом, но государство само для себя устанавливает законы, определяющие порядок использования государственной собственности.

Иное дело государственные органы, осуществляющие оперативное управление. Они владеют, пользуются и распоряжаются имуществом

в пределах, установленных законом, в соответствии с целями своей деятельности, плановыми заданиями и назначением имущества (ст. 21 Основ). Иначе говоря, их правомочия владения, пользования и распоряжения ограничены наличием права распоряжения государственной собственности у вышестоящих органов власти и управления, издающих законы, определяющих уставную правоспособность госорганов, устанавливающих для них плановые задания.

Почти во всех случаях, когда в литературе речь идет о праве оперативного управления, делается отсылка в работе А. В. Венедиктова «Государственная социалистическая собственность». Между тем, А. В. Венедиктов много и в различных аспектах писал о непосредственном оперативном управлении государственным имуществом, но ни разу на протяжении всей работы не воспользовался термином «право оперативного управления». Скрывается ли за этим различием в терминах различие их содержания или все сводится лишь к различным словесным способам обозначение одного и того же явления? Анализ работы А. В. Венедиктова, норм действующего законодательства и современных работ о праве оперативного управления позволяет утверждать, что за различиями в терминологии скрывается различие содержания, вкладываемого в эту терминологию

Для А. В. Венедиктова непосредственное оперативное управление государственным имуществом понятие не юридическое, а экономическое. Это со всей очевидностью вытекает из формулировок, которыми он пользуется.

Так, на стр. 589 он пишет: «Отправляясь от понятия собственности, как присвоения, социалистической собственности, как общественного присвоения продуктов в качестве средств для поддержания и расширения производства... мы установили, что непосредственное оперативное управление отдельными частями единого фонда государственной социалистической собственности, возложенное социалистическим государством на его оперативно-хозяйственные органы — в первую очередь на государственные производственные предприятия, включает в себя не только организацию расширенного процесса производства, иначе говоря,— не только организацию выполнения определенной части государственного народно-хозяйственного плана, но и самое выполнение этого плана». Итак, непосредственное оперативное управление — это организация и осуществление расширенного воспроизводства. Экономический характер этого понятия подчеркивается и тем, что автор сопоставляет его с экономическим понятием собственности, как присвоения.

От экономического отношения собственности, по мнению А. В. Венедиктова, оперативное управление отличается тем, что расширенное воспроизводство осуществляется коллективом, не являющимся собственником и потому не обладающим возможностью присвоения его результатов.[1] Поскольку госорган, осуществляющий расширенное воспроизводство, должен осуществлять реализацию его продуктов в условиях товарного производства, имущество, находящееся в его оперативном управлении, является базой для его выступления в качестве юридического лица. В качества такового госорган должен иметь комплекс правомочий по владение, пользованию и распоряжению имуществом[2]. Итак, по мнению А. В. Венедиктова, правомочия по владению, пользованию и распоряжению являются юридическими средствами, позволяющими госорганам осуществлять расширенное воспроизводство без присвоения, т. е. непосредственное оперативное управление имуществом. Поэтому он полагал, что будущий ГК должен признать за государственными предприятиями правомочия по владению, пользованию и распоряжению имуществом осуществляемые в порядке управления[3], т. е. осуществляемые в процессе расширенного воспроизводства коллективом, но являющимся собственником к потому не выступающим в качестве субъекта присвоения.

Насколько изложенные взгляды А. В. Венедиктова нашли отражение в действующем законодательстве?

На первый взгляд создается впечатление, что они воспроизведены полностью.

Однако более внимательное ознакомление с текстом ст. 21 Основ позволяет отметить две особенности:

1) вместо термина «непосредственное оперативное управление», которым А. В. Венедиктов обозначал управление государственной собственностью в процессе осуществления расширенного социалистического воспроизводства, в отличие от управления ею в процессе организации последнего, используется термин «оперативно управление». Конечно, его можно воспринимать и как синоним терминологии А. В. Венедиктова, но всякий толкователь закона не связан никакими научными трудами. Текст же ст. 21 позволяет прийти к

---

[1] Указ.работа, стр. 315.

[2] Указ.работа, стр. 333.

[3] Указ.работа, стр. 348–849.

выводу, что закрепление за государственными организациями имущества с предоставлением в указанных ею пределах правомочий по владению, пользованию и распоряжению создает для них право оперативного управления.

Именно так вопрос о праве оперативного управления излагается обычно в учебниках, в частности, в последней работе О. С. Иоффе.

Отметив, что для выполнения возложенных на них задач госорганы наделяются правомочиями по владению, пользованию и распоряжению, но осуществляют их, однако, не своей властью, а властью, предоставленной им государством, он указывает, что «имея в виду их особую, специфическую природу, закон объединяет эти права под общим наименованием права оперативного управления»[1].

О чем же в действительности идет речь в ст. 21 Основ — о непосредственном оперативном управлении в понимании А. В. Венединтова, т. е. об экономической категории или о праве оперативного управления, как совокупности правомочий по владению, пользованию и распоряжению, т.е. категории юридической?

Думается, что хотя текст ст. 21 Основ почти дословно воспроизводит формулировку А. В. Венедиктова, в действительности в ней речь идет о праве оперативного управления. Как и всякая норма права, ст. 21 Основ регулирует общественные отношения, придавая им правовой характер. Найдя свое закрепление в нормах права, они образуют новый правовой институт — право оперативного управления.

Это, однако, не снимает вопроса о круге общественных отношений, регулируемых правом оперативного управления. Напротив, суть права оперативного управления, как нового правового института, может быть понята лишь на основе анализа общественных отношений, вызвавших его возникновение.

Можно ли считать, что экономическим основанием права оперативного управления является непосредственное оперативное управление в том смысле, которое в него вкладывал А. В. Венедиктов?

Тогда, когда речь идет о государственных производственных предприятиях, представляется, что осуществление расширенного социалистического воспроизводства государственной организацией, не являющейся субъектом присвоения, и есть то общественное, отношение, которое опосредствуется правом оперативного управления. Однако, как

---

[1] *Иоффе О. С.* Советское гражданское право.— М., 1967.- С. 398–400.

только речь заходит об иных государственных органах, осуществляющих управленческие или социально-культурные функции, становится очевидным, что ни о каком расширенном социалистическом воспроизводстве говорить не приходится. Там, где нет производственной деятельности в собственном смысле слова, не может быть и расширенного воспроизводства.

Отсюда напрашиваются два вывода — либо право оперативного управления может принадлежать только предприятиям, но не иным органам государства, либо в основе его лежат какие-то иные экономические отношения.

А. В. Венедиктов полагал, что непосредственное оперативное управление осуществляют, как предприятия, так и административные и социально-культурные органы, однако не показал достаточно четко экономические общественные отношения, лежащие в основе права оперативного управления последних. Вернее, сосредоточив внимание на анализе права оперативного управления государственных предприятий, А. В. Венедиктов сделанным применительно к ним выводам придал общий характер. Так, формулируя понятие непосредственного оперативного управления, он подчеркнул, что в отличие от общего руководства и непосредственного управления предприятиями, непосредственное оперативное управление, сосредоточенное в руках хозяйственных госорганов (госпредприятий), включает в себя не только организации, но и самое осуществление процесса расширенного социалистического воспроизводства, опосредствуемое в преобладающей мере (но не исключительно) путем гражданских и трудовых правоотношений[1].

В то же время в работе А. В. Венедиктова содержится много интересных мыслей о правовом положении административных и социально-культурных госорганов, выступающих в качестве субъектов непосредственного оперативного управления. К сожалению, они автором не были суммированы, а в последующих цивилистических исследованиях не получили должного освещения. Таким образом, оказалось, что выводы, сделанные А. В. Венедиктовым применительно к непосредственному оперативному управлению госпредприятий, в дальнейшем нередко воспринимались в качестве общей характеристики осуществляемого госорганами права оперативного управления.

Между тем, характеризуя оперативное управление административных и социально-культурных госорганов, А. В. Венедиктов отме-

[1] *Венедиктов А. В.* Цит.работа.— С. 329.

чал, что оно обеспечивает материальную возможность выполнения возложенных на них государством задач[1].

Представляется, что экономическим основанием права оперативного управления являются отношения между всем советским народом — собственником, выступающим в лице социалистического государства и отдельными трудовыми коллективами граждан, во владение которых передаются определенные части государственной собственности для осуществления задач, поставленных перед ними государством. Характер задач не имеет сколько-нибудь существенного значения. Любые отношения между государством и трудовым коллективом, организованным в госорган и получившим имущество для осуществления тех или иных задач, являются экономической основой для возникновения права оперативного управления.

Право оперативного управления возникает у госоргана по поводу закрепленного за ним имущества. Существование этого права предопределяется не характером цели, для которой имущество должно использоваться, а тем, что оно закреплено за госорганом как таковым, который действует не своей властью, но властью, предоставленной ему государством, не в своем интересе, но в интересах государства.[2]

Следует различать оперативное управление имуществом, как экономическую категорию, суть которой в осуществлении госорганом использования закрепленного за ним государственного имущества в соответствии с велениями государства и право оперативного управления, как категорию правовую, закрепляющую за госорганом правомочия владения, пользования и распоряжения имуществом, находящимся в его оперативном управлении. Так же, как право собственности опосредствует экономическое отношение собственности, право оперативного управления опосредствует экономическое отношение оперативного управления.

Законодательство не определяет, какое именно имущество можно считать объектом принадлежащего государственным организациям права оперативного управления, ограничившись общим указанием, что оно осуществляется в отношении имущества, закрепленного за ними.

Не может быть использована при этом и норма ст. 21 Основ, определяющая круг объектов государственной собственности, поскольку в ней в качестве объектов указываются заводы, шахты, рудники, элект-

[1] Цит. работа.— С. 348.

[2] *Венедиктов А. В.* Цит. работа.— С. 347.

ростанции и т. д., сами являющиеся субъектами права оперативного управления.

Таким образом, факт закрепленности имущества рассматривается законом, как нечто данное.

Вопрос не нашел должного освещения и в юридической литературе, что в свое время было отмечено А. А. Рубановым. «Обычно закрепление имущества за предприятием мыслится, как нечто данное. Между тем основное ядро вопроса, как раз и состоит в выяснении юридической природы этого закрепления»,— писал он в 1956 г.[1] Состояние проблемы не изменилось и в последние годы, после законодательного закрепления права оперативного управления. Авторы, в той или ивой связи касавшиеся вопроса о праве оперативного управления, не подвергали обсуждению вопрос о том, какое имущество можно считать закрепленным за организацией. Между тем, решение этого вопроса отнюдь нельзя считать бесспорным и само собой разумеющимся. Практике хозяйственных отношений в социалистическом обществе известны различные формы закрепления имущества за социалистическими организациями, далеко не каждая из которых является достаточной для признания за организацией права оперативного управления. Не подлежит сомнению, что за объединением закреплено имущество всех входящих в него предприятий, как утративших качество юридического лица, так и сохранивших его, что находят отражение в сводном балансе объединения. Можно ли на этой основе сделать вывод, что в отношении всего имущества, проходящего по сводному балансу, объединение осуществляет право оперативного управления?

Внутри предприятия также имеют место определенные формы закрепления имущества за его отдельными подразделениями. В частности, закрепление за цехом основных средств оформляется, как правило, инвентарными карточками, передача в цех материалов фиксируется в его лимитной карте или заборном листе, передача цехом готовой продукции на склад оформляется сдаточными накладными и т.д. Поскольку цех является определенной организацией людей, не исключен вывод, что и он в отношении закрепленного за ним имущества осуществляет право оперативного управления. Число подобных примеров может быть увеличено. Например, за министерством закреплено все имущество системы, поскольку оно проходит по его сводному балансу.

[1] *Рубанов А. А.* Понятие владения в советском гражданском праве. Кандидатская диссертация.— М., 1956.— С. 236.

Основанием для признания за организацией права оперативного управления является не всякая форма закрепления за ней имущества, а лишь закрепление, сопряженное с возложением на организацию функций владения имуществом от имени государства.

Необходимость владения, как условия осуществления оперативного управления имуществом, неоднократно подчеркивалась в юридической литературе.

Еще А. В. Венедиктов отмечал, что право владения государственными имуществами осуществляется исключительно органами, в оперативном управлении которых эти имущества находятся, в отличие от права распоряжения, которое может принадлежать и органам, не осуществляющим оперативного управления им[1]. С. М. Корнеев, анализируя правомочия, принадлежащие субъекту права оперативного управления, полагает, что предприятия и хозорганы во всех случаях имеют право владения, которое может сочетаться с правомочиями пользования и распоряжения, но может существовать и самостоятельно, как это имеет место в отношении закрепленных за ними зданий и сооружений[2]. Та же позиция нашла отражение в работах Д. М. Генкина и ряда других авторов[3].

Вместе с тем, эти авторы рассматривают право владения как одно из правомочий субъекта права оперативного управления, но не связывают с ним именно ту форму закрепленности имущества за госорганом, которая только и делает возможным существование у него права оперативного управления. В отмеченных работах формы закрепления имущества за госорганом вообще не анализируются.

Заслугой А. В. Карасса, с нашей точки зрения, является именно выявление первичности владения, как формы закрепления имущества за государственными организациями, создающей необходимые предпосылки для осуществления ими правомочий пользования и распоряжения. Не следует забывать и того, что он впервые провел четкое разграничение между владением, осуществляемым госорганом, как таковым от имени государства (мы теперь сказали бы осуществляемым в порядке оперативного управления) и владением, осуществляемым им

---

[1] Цит.работа.— С. 342.

[2] *Корнеев С. М.* Право государственной социалистической собственности в СССР.— М., 1964.— С. 141.

[3] См.: *Генкин Д. М.* Право собственности в СССР.— М., 1961.— С. 95.

в качестве субъекта обязательственных отношений, а также наметил способы поступления имущества в то владение госоргана, которое он считал первичным.

Выводы А. В. Карасса были восприняты А. А. Рубановьм, который, опираясь на них, дал очень четкий анализ правовых и экономических отношений владений, осуществляемого государственными органами. К сожалению, работа А. А. Рубанова не нашла должного отражения в последующей юридической литературе, может быть потому, что внимание последней было сосредоточено на анализе права государственной собственности и реализующего его права оперативного управления, в то время как А. А. Рубанов считал предложенное А. В. Венедиктовым понятие непосредственного оперативного управления непригодным для характеристики вещно-правового статуса имущества государственного предприятия, т. к. оно относится не к правовым, а скорее к экономическим понятиям[1].

Ошибка А. А. Рубанова, как и А. В. Карасса, в том, следовательно, что, рассматривая владение в качестве формы закрепления имущества за государственными организациями, он преуменьшил значение правомочий пользования и распоряжения, которые в это владение не укладываются. Правда, по мнению А. А. Рубанова, собственнику принадлежат не три отдельные правомочия, а единое правомочие владения, пользования и распоряжения[2]. Эта конструкция, очевидно, понадобилась ему именно для того, чтобы увязать пользование и распоряжение с правом владения. Если правомочия владения, пользования и распоряжения едины, то закрепление за госорганом владения тем самым обеспечивает ему возможность пользования и распоряжения.

Взаимосвязанность и взаимообусловленность принадлежащих собственнику правомочий владения пользования и распоряжения не следует путать с их единством. Один тот факт, что собственник может быть временно лишен (по собственной воле или в силу административных актов) любого из этих правомочий, неопровержимо доказывает их самостоятельное существование. Если согласиться с А. А. Рубановым, признающим владение вещно-правовым статусом государственного

---

[1] *Рубанов А. А.* Понятие владения в советском гражданском праве. Канд. диссертация.— М., 1956.— С. 227.

[2] *Рубанов А. А.* Понятие владения в советском гражданском праве. Канд. диссертация.— М., 1956.— С. 206.

предприятия, обеспечивающим ему возможность пользования и распоряжения, поскольку владение с ними неразрывно сочетается, то трудно объяснить, почему в отношении одних объектов предприятия обладают только правомочиями пользования, а в отношении других — только распоряжения.

Поэтому следует приветствовать законодательное закрепление за госорганами права оперативного управления, как совокупности правомочий впадения, пользования и распоряжения. Указание, что эта правомочия осуществляются организациями в пределах, установленных законом, в соответствии с целями их деятельности, плановыми заданиями и назначением имущества, обеспечивает различные варианты сочетания этих правомочий у каждого конкретного госоргана.

Признание за госорганами права оперативного управления, а не только права владения, предпочтительнее и в терминологическом отношении, поскольку позволяет резко отграничить владения закрепленным за госорганами имуществом от иных фактов владения. А. А. Рубанову пришлось затратить значительные усилия для отграничения этих двух видов владения. В научном исследовании такое четкое разграничение двух сходных явлений не только целесообразно, но необходимо. Но в практической жизни различные явления должны быть обозначены четкими и ясными терминами, не вызывающими сомнений в их значении.

Отмеченные недостатки в конструкции А. А. Рубанова не умаляют, однако, его заслуг в определении правового статуса владения, осуществляемого государственными организациями.

Так же, как и А. В Карасс, А. В. Рубанов отличает владение, осуществляемое госорганом в качестве такового, от владения, осуществляемого им в качестве субъекта гражданских обязательственных отношений. Для первого характерно наличие административно-правового отношения владения между государством и госорганом, за которым закреплена определенная часть государственного имущества. Таким образом, правовым основанием этого владения является факт государственной собственности и наличие административного правоотношения между государством и госорганом, в силу которого государство возлагает на него обязанность использовать переданное в его владение имущество в соответствии с законом, целями деятельности организации, планом и назначением имущества.

Отграничивая владение, как экономическое явление, заключающееся в фактическом нахождении вещи у данного лица или организации,

от субъективного права на владение,[1] А. А. Рубанов вместе с тем пришел к выводу о существовании правоотношения владения, в силу которого собственник, сохраняющий за собой право собственности на вещь, передает ее другому субъекту[2]. Наличие правоотношения владения между государством и госорганом не создает, по его мнению, двойного владения. Поскольку владение охватывает движение вещи в процессе потребления (в стадиях нахождения вещи в запасе, функционирования в процессе потребления и перерыва в потреблении), владельцем может быть только одно лицо. Движение вещи в процессе потребления не может раздваиваться, поэтому не может быть посредственного и непосредственного владения. Что касается владения государства, то оно осуществляется через его органы, поэтому владение госоргана есть вместе с тем владение государства. Здесь нет посредственного и непосредственного владения. Это единство владения, осущест-вляемое целым через его часть.

Характеристика владения госорганов, которое А. В. Карасс называл их «первичным» владением, а А. А. Рубанов — владением, осуществляемым в силу правоотношения владения с государством, есть по существу не что иное, как характеристика владения, осуществляемого госорганом в порядке права оперативного управления.

Именно это владение является формой закрепления имущества за государственными организациями, в отличие от владения, осуществляемого ими в качестве субъекта обязательственных отношений.

Закрепленность имущества находит свое выражение в трех аспектах — передаче имущества в фактическое обладание (в сферу потребления) госоргана, в признании за ним субъективного права на владение и в наличии административного правоотношения по поводу этого имущества между госорганом и государством. Это правоотношение лишь условно можно назвать правоотношением владения. В чистом виде правоотношение владения предполагает передачу собственником имущества во владение другого лица и обязанность последнего вернуть его в том же состоянии, как это имеет место при найме, хранении и т.п.

Обязанности владельца перед собственником в процессе владения сводятся при этом к соблюдению договорного режима, обеспечивающего сохранность вещи. Административное правоотношение меж-

[1] См.об этом также: *Тархов В. А.* Право личной собственности в СССР (понятие и содержание). Кандидатская диссертация, 1951.— С. 55.

[2] Цит. работа.— С. 8, 218, 219.

ду государством и госорганом по поводу имущества предполагает не возврат его, а использование для достижения тех задач государства, которые должен решать данный госорган. Содержание этого правоотношения очень богато.

Владение, осуществляемое госорганом не в силу права оперативного управления, а в силу обязательственных гражданских правоотношений, включает в себя и фактическое нахождение у них имущества и наличие субъективного права на владение, но оно не является результатов административного правоотношения между госорганом и государством. Напротив, оно вытекает из гражданского правоотношения с гражданином или юридическим лицом, включающего в себя правоотношение владения в чистом виде, основным содержанием которого является обязанность возврата имущества в прежнем состоянии.

Административный характер правоотношений между государством и госорганом по поводу имущества, находящегося в оперативном управлении последнего, отнюдь не свидетельствует о том, что право оперативного управления возникает лишь в отношении имущества, полученного в силу административно-распорядите-льных актов вышестоящих госорганов. Имущество, полученное в силу таких актов, безусловно, становится объектом права оперативного управления, ибо здесь налицо и фактическое нахождение в сфере потребления, и субъективное право владения и наличие административного правоотношения владения (в отмеченном ранее смысле) между госорганом и государством. Но объектом права оперативного управления становится и имущество, полученное госорганом в порядке гражданско-правовых сделок. Такой способ возникновения «первичного» владения госорганов был отмечен еще А. В. Карассом.

Однако основанием возникновения права оперативного управления является не всякая гражданско-правовая сделка, сопряженная с передачей имущества во владение госоргана, а лишь такая, в силу которой у получившего имущество госоргана возникает субъективное право владения, а у передавшего госоргана, кооперативной, общественной организации или гражданина всякие правомочия по поводу этого имущества прекращаются. Подобная ситуация создается в процессе исполнения договоров поставки, подряда на капитальное строительство, государственной закупки сельхозпродуктов и в иных предусмотренных законом случаях. Переход по этим договорам имущества к госоргану

влечет за собой возникновение права государственной собственности и одновременно административного правоотношения владения между этим госорганом и государством.

Если переход имущества совершается в силу отмеченных договоров между двумя госорганами, возникновение права государственной собственности не происходит, но у передавшего госоргана всякие обязанности перед государством по надлежащему использованию имущества прекращаются, а у принявшего — возникают.

И если мы начали анализ закрепленности имущества за госорганом — субъектом права оперативного управления с утверждения, что она выражается в передаче госоргану функций владения, теперь мы должны уточнить его и отметить, что постоянным и обязательным выражением этих функций владения является административное правоотношение владения между госорганом и государством. Что касается фактического владения и субъективного права на владение, то они субъектом права оперативного управления могут быть переданы другому лицу. Если их передача носит временный характер, и у лица, получившего имущество во владение, существует обязанность вернуть его по истечении определенного срока передавшему госоргану, у последнего сохраняются административные обязанности перед государством по надлежащему использованию имущества, право оперативного управления принадлежит не тому, кто фактически владеет имуществом и кому в данный момент принадлежит субъективное право владения, а тому госоргану, который связан с государством административными правоотношениями владения.

Подавляющее большинство цивилистов право оперативного управления считают вещным правом. Однако его вещный характер не является общепризнанным. Само деление гражданских прав на вещные и обязательственные носит в известной степени условный характер, что не раз отмечалось в литературе. Вещными признаются права, объектами которых служат вещи, в отличие от обязательственных прав, где в качестве объекта выступает поведение обязанного лица. Носитель вещного права имеет возможность непосредственно, без содействия обязанных лиц, воздействовать на вещь, носитель обязательственного права без содействия обязанного лица не может удовлетворить свои потребности. Типичным примером вещного права является право собственности.

Но осуществление вещного права во многих случаях связано с возникновением обязательственных правоотношений и появлением конкретного обязанного лица.

В случае сдачи вещи в аренду, на хранение и т. п. возникают обязательственные правоотношения между собственником и третьим лицом. Собственник лишается временно возможности воздействовать на вещь непосредственно. Эта возможность может восстановиться лишь в том случае, если обязанное лицо выполнит свою обязанность. Всякое нарушение права собственности приводит к возникновению обязательств из причинения вреда с конкретным обязанным лицом, хотя и не всегда лишает собственника возможности непосредственно воздействовать на вещь.

В то же время носитель обязательственного права может приобрести возможность непосредственного воздействия на вещь (аренда, наем). Эта возможность только в момент передачи вещи зависит от поведения наймодателя, в дальнейшем она реализуется нанимателем непосредственно. Но ведь точно так же и у покупателя возможность непосредственного воздействия на вещь вначале зависит от поведения продавца. Отсутствие непроходимой грани между вещными и обязательственными правами не делает, однако, беспредметным деление гражданских прав на вещные и обязательственные. Возможность непосредственного воздействия на вещь носителем обязательственного права всегда ограничена во времени и условиях воздействия волей носителя вещного права на ту же вещь.

Возможность воздействия на вещь у носителя вещного права временем не ограничена, она предполагается бессрочной, а условия воздействия могут быть определены нормами права, но не волей третьих лиц, поскольку его право на вещь от третьих лиц не зависит.

Носитель вещного права может сам лишить себя возможности воздействовать на вещь, временно передав ее третьему лицу, что не прекращает существование его вещного права, но приводит к возникновению у него и обязательственных прав требования в качестве побочных средств реализации его вещного права.

По мнению О. С. Иоффе, деление гражданских прав на вещные и обязательственные не имеет практического значения, поскольку многочисленным обязательственным правам в качестве вещного противостоит одно лишь право собственности, поэтому и разграничивать следует обязательственные права и право собственности. Хотя автор не называ-

ет право оперативного управления обязательственным правом, такой вывод напрашивается, поскольку вещным признается лишь одно право собственности. Не касаясь вопроса о существовании иных вещных прав, поскольку это выпадает из плана работы, попробуем проанализировать, к какой категории прав относится право оперативного управления. Прежде всего, обращает на себя внимание большая близость между правом собственности и правом оперативного управления.

О. С. Иоффе очень удачно показал их взаимную связь и взаимообусловленность, отметив, что право государственной собственности осуществляется при помощи права оперативного управления, а право оперативного управления находит обоснование в праве государственной собственности[1]. Но и обязательственные права госорганов, в конечном счете, являются средством осуществления права государственной собственности, поэтому взаимосвязь с правом собственности еще не дает оснований для отнесения права оперативного управления к категории вещных прав. Гораздо большее значение имеет сходство правомочий, составляющих содержание этих прав.

И то и другое включает в себя правомочия владения, пользования и распоряжения в установленных законом пределах. Возможности осуществления этих правомочий у субъекта права оперативного управления более ограничены, но наличие их и, прежде всего, наличие права владения дает основание предполагать вещный характер права оперативного управления.

Право владения, как уже отмечалась, может принадлежать и субъекту обязательственного права, но в этом случае оно ограничено сроком и условиями, установленными носителем вещного права на ту же вещь. Наличие у государства права собственности на вещь, находящуюся в оперативном управлении госоргана, на первый взгляд подтверждает обязательственный характер права оперативного управления. Но это только первое, поверхностное впечатление. Государство и госорган, осуществляющий право оперативного управления, не могут быть противопоставлены друг другу как субъекты вещного и обязательственного права. Госорган, осуществляя право оперативного управления, тем самым реализует право государственной собственности, выступает, как частичка государства-собственника. Имущество, закрепленное за госорганом в оперативное управление, передается ему без ограничения

[1] *Иоффе О. С.* Советское гражданское право, 1967.— С. 400.

каким-либо сроком в возможности осуществления правомочий владения, пользования и распоряжения. Пределы или возможности использования имущества определяются законом, а не волей вышестоящей организации, принявшей решение о передаче имущества. Последняя только определяет, какое именно имущество передается госоргану — основные или оборотные средства и т. д., но не может сократить или расширить для госоргана возможность использования этих средств по сравнению с нормами, установленными законом. При определенных, предусмотренных законом условиях, имущество может быть у госоргана изъято вышестоящими органами, но ведь в случаях, предусмотренных законом, может быть изъята и собственность (конфискация, реквизиция, изъятие бесхозяйственно содержимого имущества). Возможности изъятия имущества, закрепленного за госорганом, значительно шире, это предопределяется тем, что организацию расширенного социалистического воспроизводства осуществляет целая система государственных органов власти и управления. Но для характеристики права госоргана на закрепленное за ним имущество важен принцип — имущество передается ему без ограничения срока, вышестоящий госорган, передавший имущество, а также иные органы государственной власти и управления хотя и вправе изымать имущество, но лишь в случаях и в пределах, точно определенных законом.

Таким образом, государство не противостоит госоргану в качестве третьего лица — субъекта гражданского права, сохранившего право на его имущество. Напротив, каждый госорган — это частичка, клеточка государства. В качестве таковой он несет перед государством определенные административные обязанности, но как субъект гражданского права, за которым закреплено имущество, он должен быть призван носителем вещного права, ибо его правомочия не зависят от прав других субъектов гражданского права, не ограничены ими. Вещное право собственности государства реализуется через вещные правомочия его госорганов.

Право оперативного управления — это лишь один из правовых институтов, используемых в процессе осуществления госорганами оперативного управления имуществом как экономической категории. Последнее знает и допускает и иные правовые формы опосредствования.

Подобно тому, как собственность, как система производственных отношений, находит свое опосредствование и в праве собственности, и в обязательственных институтах, и в нормах трудового права, опера-

тивное управление также нуждается во всех этих правовых формах опосредствования. Советскими цивилистами неоднократно отмечалось, что право оперативного управления является смешанный институтом, регулируемым различными отраслями права.

Однако значение этих отраслей в его регулировании понимается по-разному.

Определяя содержание права оперативного управления, Ю. К. Толстой в Комментарии к Основам гражданского законодательства пришел к выводу, что оно включает в себя совершение госорганом двоякого рода актов: 1) планово — административных, и 2) оперативно-хозяйственных[1].

Аналогично этот вопрос был освещен Д. М. Генкиным, полагавшим, что право оперативного управления является в основном институтом гражданского права, однако требует осуществления его субъектом и некоторых административно-правовых функций (в отношении своих внутренних структурных подразделений, состава работников)[2] и рядом других авторов.

Представляется, что роль административного и гражданского права в регулировании права оперативного управления точнее всего была охарактеризована С. М. Корнеевым. По его мнению, содержание права оперативного управления составляют правомочия владения, пользования и распоряжения, являющиеся по своей природе гражданскими. Никакие иные правомочия в состав этого права не входят. Однако осуществляться эти правомочия могут, как путем совершения сделок, так и путем административно-правовых актов[3].

Например, гражданское законодательство, закрепившее за госорганом правомочие пользования, по существу не определяет, как и кем оно может осуществляться. Напротив, нормы административного права, определяя объем прав и обязанностей различных должностных лиц госоргана, устанавливая правила внутреннего распорядка и т.д. содержат многочисленные правила о порядке пользования закрепленным за госорганом имуществом.

---

[1] *Иоффе О. С., Толстой Ю. К.* Комментарий к Основам гражданского законодательства.

[2] *Генкин Д. М.* Оперативное управление, как институт советского гражданского права. //Советская юстиция, 1963, № 9.— С. 4.

[3] Цит. работа.— С. 147–149.

Правомочия по распоряжению имуществом реализуются, как путем совершения гражданско-правовых актов (отношения с внешними, самостоятельными субъектами права), так и путем совершения административных актов (распределение и перераспределение имущества между структурными подразделениями юридического лица).

О. С. Иоффе отметил в свое время, что право государственной собственности регулируется различными отраслями права.

Точно так же и право оперативного управления, неразрывно связанное с государственной собственностью, регулируется не только нормами гражданского, но и иных отраслей права, в первую очередь права административного, и потому его нельзя считать институтом лишь гражданского права.

Целесообразность существования категории «право оперативного управления» был подвергнута сомнению В. П. Шкредовым. Последний полагает, что облекаемые в правовую форму волевые отношения владения, пользования и распоряжения образуют юридическое содержание собственности, следовательно, всюду, где есть такая система волевых отношений, существует собственность.

Признание госорганов субъектами права собственности не ново. Эта позиция нашла свое отражение в теории «расщепленной» государственной собственности, в работах Я. Ф. Миколенко[1], С. Ф. Кечекьяна[2], которые уже были подвергнуты обоснованной критике в юридической литературе и среди юристов в настоящее время не находят сторонников.

Представляется, что термин «право оперативного управления» более удачен. Он резче подчеркивает отличие правомочий госорганов от правомочий государства, как собственника. Использование термина «собственность» (с указанными выше ограничениями) для обозначения прав на имущество предприятия, осуществляющего расширенное социалистическое воспроизводство, создает впечатление, что именно предприятие является субъектом присвоения прибавочного продукта, полученного в процессе производства.

Термин «право оперативного управления» более удачно характеризует права предприятия, ибо применение термина «право собственности» объективно может повлечь за собой противопоставление прав предприятия и государства, хотя В.П. Шкредов от этого открещивается[3].

---

[1] *Миколенко Я. Ф.* Цит. работа.— С. 45–53.

[2] *Кечекьян С. Ф.* Правоотношения в социалистическом обществе.— С. 111.

[3] *Шкредов В. П.* Экономика и право.— М., 1967.— С. 101–112.

Предприятие обладает имущественной обособленностью и самостоятельностью, эту самостоятельность нужно укреплять, но не следует забывать, что речь идет о самостоятельности государственного предприятия, а не предприятия, отделенного от государства.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

ДИДЕНКО АНАТОЛИЙ ГРИГОРЬЕВИЧ — зав. каф. гражд. права КазГЮУ, д-р юрид. наук, проф. Один из учредителей Высшей школы права «Адилет». Автор более 100 научных работ по вопросам роли науки гражданского права, значения договора, ответственности за нарушение обязательств, правового регулирования капитального строительства, жилищного права, права собственности, ряда публикаций на тему «Шекспир и право» и др. Главный редактор и автор статей сборников «Гражданское законодательство РК. Статьи. Комментарии. Практика» (15 выпусков, 1996 –2003 гг).

Канд. дис. (1971 г.) — «Гражданско-правовая ответственность за нарушение хозяйственных договоров» (КазГУ, науч. рук.: д-р юрид. наук, проф. Ю. Г. Басин; оппоненты: д-р юрид. наук, проф. М. Г. Масевич, канд. юрид. наук, доц. Н. Г. Мурзин).

Доктор. дис. (1985 г.) — «Гражданско-правовые проблемы оперативно-хозяйственной самостоятельности строительных организаций» (Харьковский юрид. ин-т, оппоненты: д-р юрид. наук, проф. М. И. Брагинский, д-р юрид. наук, проф. В.Ф. Чигир, д-р юрид. наук, проф. А. А. Собчак).

БАСИН ЮРИЙ ГРИГОРЬЕВИЧ — д-р юрид. наук, проф. Высшей школы права «Адилет», проф. каф. гражд. права КазГЮУ, засл. деятель науки Казахстана. Участник Великой Отечественной войны. Один из учредителей Высшей школы права «Адилет». Автор более 200 публикаций по проблемам жилищного права, гражданско-правовой ответственности, права собственности, договорного права, правового статуса юрид. лиц и др. Ведущий разработчик основных гражданско-правовых нормативных актов РК. Автор и рук. автор. коллективов мн. учебников и комментариев к законодательству.

Канд. дис. (1954 г.) — «Договор подряда на капитальное строительство» (науч. рук.: д-р юрид. наук, проф. Г. М. Степаненко; оппоненты: д-р юрид. наук, проф. И. Л. Брауде, д-р юрид. наук, проф. Б. С. Антимонов).

Доктор. дис. (1964 г.) — «Правовые проблемы советского жилищного права» (ЛГУ, оппоненты: д-р юрид. наук, проф. С. Н. Братусь, д-р юрид. наук, проф. В. А. Рясенцев, д-р юрид. наук, проф. О. А. Красавчиков).

БАЗАРБАЕВ БАХЫТ БАЗАРБАЕВИЧ — канд. юрид наук, профессор кафедры гражданского права КазГЮУ.

Канд. дисс. (1961 г.) «Переводы на другую работу по советскому праву» (Ин-т гос-ва и права АН СССР, научн. рук.: докт. юрид. наук, проф. Л. Я. Гинцбург, оппоненты.: докт. юрид. наук, проф. Ф. М. Левиант, к.ю.н В. А. Ачаркан).

БЕСПАЛОВА АРИАДНА ИВАНОВНА — канд. юрид наук, доцент кафедры гражданского права КазГУ им. С. М. Кирова в 1952—1985 г.

ГРЕШНИКОВ ИГОРЬ ПЕТРОВИЧ — канд. юрид. наук, доцент, исполнит. директор юрид. центра «JUS».

Канд. дис. (1997 г.) — «Понятие юридического лица в гражданском праве» (КазГЮУ, науч. рук.: д-р юрид. наук, проф. А. Г. Диденко; оппоненты: д-р юрид. наук И. У. Жанайдаров, канд. юрид. наук, доц. Т. Е. Каудыров).

КАРПУШИНА ТАТЬЯНА ДМИТРИЕВНА — преп. каф. гражд. права КазГЮУ.

КЛИМКИН СЕРГЕЙ ИВАНОВИЧ — канд. юрид. наук, доц. каф. гражд. права КазГЮУ, автор публикаций по вопросам правовых форм предпринимательства, права собственности и др.

Канд. дис. (1999 г.) — «Правовое положение производственного кооператива» (КазГЮУ, науч. рук.: д-р юрид. наук, проф. А. Г. Диденко; оппоненты: д-р юрид. наук И. У. Жанайдаров, канд. юрид. наук, доц. К. В. Мукашева).

СКРЯБИН СЕРГЕЙ ВАСИЛЬЕВИЧ — канд. юрид. наук, доц. каф. гражд. права КазГЮУ. Канд. дис. (1999 г.) — «Гражданско-правовые проблемы вещного права» (КазГЮУ, науч. рук.: д-р юрид. наук, проф. А. Г. Диденко; оппоненты: д-р юрид. наук, проф. Н. Б. Мухитдинов, канд. юрид. наук, доц. К. В. Мукашева).

КИРЕЕВА ТОГЖАН ТАСКАЛИЕВНА — канд. юрид. наук, начальник Управления юстиции Восточно-Казахстанской области.

Канд. дис. (1999 г.) — «Защита права собственности и иных вещных прав» (науч. рук.: д-р юрид. наук, проф. А. Г. Диденко; оппоненты: д-р юрид. наук И. У. Жанайдаров, канд. юрид. наук, доц. Т. Е. Каудыров).

БРАТУСЬ ДМИТРИЙ АЛЕКСАНДРОВИЧ — преп. каф. гражд. права КазГЮУ, к защите рекомендована канд. дисс. на тему: «Залог прав: античные истоки и правовое регулирование по законодательству РК» (научн. рук., проф. А. Г. Диденко).

САРСЕНОВ НУРЛАН ГАЗИЗОВИЧ — преп. каф. гражд. права КазГЮУ, к защите рекомендована канд. дисс. на тему: «Актуальные проблемы института ценных бумаг в гражданском праве Республики Казахстан» (научн. рук., проф. А. Г. Диденко).

НЕСТЕРОВА ЕЛЕНА ВИКТОРОВНА — преп. каф. гражд. права КазГЮУ, утв. тема канд. дисс.: «Гражданско-правовые проблемы государственной собственности» (научн. рук., проф. А. Г. Диденко).

РАШИДОВА ЗОЯ ШАХБАЗОВНА — ст. преподаватель каф. гражд. права Высшей школы права «Адилет», чл. правления Нотариальной палаты г. Алматы, соискатель.

ХЁРШИ ДЖОН (США) — окончил юрид. школу при ун-те штата Колорадо (США), работал юристом консалтинговой фирмы «Карана» в г. Душанбе, затем два года — в алматинском офисе фирмы SHH, в наст. время работает в Денвере.

ИОФФЕ ОЛИМПИАД СОЛОМОНОВИЧ (США) — д-р юрид. наук, проф. Один из самых видных деятелей правовой науки быв. СССР. Много лет возглавлял каф. гражд. права юрид. факультета ЛГУ. Участник Великой Отечественной войны.

Канд. дис. (1948 г.) — «Правоотношение по советскому гражданскому праву» (науч. рук.: д-р юрид. наук, проф. С. И. Аскназий; оппоненты: д-р юрид. наук, проф. Н. В. Рабинович, канд. юрид. наук, доц. Б. С. Мартынов).

Доктор. дис. (1954 г.) — «Ответственность по советскому гражданскому праву» (оппоненты: д-р юрид. наук, проф. Г. К. Матвеев, д-р юрид. наук, проф. В. К. Райхер, д-р юрид. наук, проф. Б. Б. Черепахин).

Автор и соавтор более 70 научных книг и многих других публикаций по общей теории права и гражд. праву.

Неоднократно бывал в Казахстане, участвовал в научных конференциях, публиковался и продолжает публиковаться в казахстанских изданиях.

С 1980 г. живет и работает в США, где опубликовал ряд актуальных работ по сравнительному правоведению. В наст. время — профессор-эмиритус Хартфордского ун-та.

СОДЕРЖАНИЕ

Диденко А. Г. Юрию Григорьевичу Басину — 80 лет…….....3

НАУКА ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Диденко А. Г. О познании правовой действительности….....7
Диденко А.Г. Оценочные понятия в гражданском законодательстве…….....21

ГРАЖДАНСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

Грешников И. П. Гражданский кодекс Республики Казахстан (значение, характеристика Общей части)…….....45

ОСНОВАНИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Диденко А. Г. Понятие «обещание» в гражданском праве….....65

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО КАК ОТРАСЛЬ ПРАВА

Басин Ю. Г. Принципы гражданского законодательства….....82

ЗАЩИТА ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Басин Ю. Г., Диденко А. Г. Оперативные санкции как средство защиты гражданских прав…….....92
Базарбаев Б. Б. Возмещение морального вреда по законодательству Республики Казахстан…….....100
Диденко А. Г. Процесс Шейлока…….....119

СУБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Иоффе О. С. Из истории цивилистической мысли. Гражданская правосубъектность…….....125
I. Цивилистическая доктрина промышленного капитализма…….....125
II. Цивилистическая доктрина империализма…….....134
III. Цивилистическая доктрина СССР…….....141
А. Правосубъектность граждан…….....141
Б. Правосубъектность социалистических организаций….....161

Карпушина Т. Д. Признание гражданина безвестно отсутствующим. Объявление гражданина умершим…….....200
Климкин С. И. Доли участников в уставном капитале товарищества с ограниченной ответственностью…….....213

ОБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Сарсенов Н. Г. Ипотечные и складские свидетельства как ценные бумаги…….....220

СДЕЛКИ

Климкин С. И. Отграничение сделок от действий неюридического характера…….....239

ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО

Рашидова З. Ш. Понятие и субъекты представительства….....245

ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ И ИНЫЕ ВЕЩНЫЕ ПРАВА

Скрябин С. В. Понятие и система вещного права…….....259

ПРАВО ГОСУДАРСТВЕННОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Нестерова Е. В. Правовой режим государственной собственности…….....278

ЗАЩИТА ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

Киреева Т. Т., Климкин С. И. Негаторный иск…….....296

СПОСОБЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Братусь Д. А. Залог имущественных прав…….....303

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Басин Ю. Г. Вина как условие ответственности за нарушение обязательства…….....318

Иоффе О. С. Причинная связь, как условие
гражданско-правовой ответственности…….....329

ПОНЯТИЕ ДОГОВОРА

Диденко А. Г. Категория договора, ее место и значение
в постсоветском праве…….....367

ВИДЫ ДОГОВОРОВ

Диденко А. Г., Херши Дж. Договор escrow (эскро)…….....382
Диденко А. Г. Предварительный договор…….....394

ИСТОРИЯ КАФЕДРЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Беспалова А. И. Право оперативного управления…….....402
Сведения об авторах…….....426
Содержание…….....429

Гражданское право
Общая часть

Учебное пособие

Директор ТОО «Нур-пресс» Н. Н. Жансеитов

Ответственные за выпуск: Г. А. Туребаева
Корректор: Д. Н. Оспанова
Компьютерная верстка: Г. А. Туребаева
Дизайнер: А. О. Савельев
Оператор: Г. О. Умурова

Подписано в печать 10.10.2003 г.
Формат 60x90. Бумага офсетная. Гарнитура «Таймс».
Усл. печ. л. 27.

Тираж 1000 экз. Заказ № 1479.
Издательство «Нур-пресс»
050057 г. Алматы, ул. М. Озтюрка, 12.
Тел./факс: (3272) 747-833, 742-650
E-mail: law-literature2006@rambler.ru