

Министерство науки и высшего образования Российской Федерации
Алтайский государственный университет

Д. В. Пятков, Н. А. Пронина

Актуальные проблемы гражданского права

Учебное пособие

Издано с использованием гранта
Благотворительного фонда
Владимира Потанина

Барнаул 2020

УДК 347(075.8)
ББК 67.404я73
П 995

Авторы: Дмитрий Валерьевич Пятков, Наталья Александровна Пронина

Рецензент: Татьяна Аркадьевна Филиппова, канд. юрид. наук

П 995 Пятков, Д. В. Актуальные проблемы гражданского права : учебное пособие / Д.В. Пятков, Н.А. Пронина ; Алтайский государственный университет. – Барнаул : АлтГУ, 2020. – 1 CD-R (2,7 Мб). – Систем. требования: Intel Pentium 1,6 GHz и более ; 512 Мб (RAM) ; Microsoft Windows 7 и выше ; Adobe Reader. – Загл. с титул. экрана. – Текст : электронный.

Учебное электронное издание

Настоящее пособие представляет собой сборник статей, посвященных отдельным вопросам гражданского права. Пособие предназначено для обучающихся по программам бакалавриата или специалитета по направлению подготовки «Юриспруденция», а также для студентов, избравших магистерскую программу цивилистической направленности, для более глубокого изучения принципиальных основ гражданского права как профильной отрасли современного права и юридического знания.

производственно-технические сведения

Публикуется в авторской редакции

Верстка: Котова О. В.

Дата подписания к использованию: 12.05.2020

Объем издания: 2,7 Мб

Комплектация издания: 1 CD-R

Тираж 30 дисков

ФГБОУ ВО «Алтайский государственный университет»

656049, Барнаул, пр. Ленина, 61

Содержание

Введение

Раздел 1. Проблема субъекта в гражданском праве

- 1.1. Лица людей (Пятков Д.В.)
- 1.2. Формирование правосубъектности предпринимателя (Пятков Д.В.)
- 1.3. Крестьянское (фермерское) хозяйство как коммерческий псевдоним граждан (Пятков Д.В.)
- 1.4. О гражданской правосубъектности Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований (Пятков Д.В.)
- 1.5. Предпринимательская и иная экономическая деятельность публично-правовых образований (Пятков Д.В.)
- 1.6. Публично-правовое образование как субъект ответственности при возмещении судебных расходов (Пятков Д.В.)

Раздел 2. Проблема объекта в гражданском праве

- 2.1. Место объектов виртуальной реальности в системе объектов гражданских прав (Пронина Н.А., Буянов А.В.)
- 2.2. К вопросу о гражданской правообъектности недвижимых вещей (Пятков Д.В.)
- 2.3. Понятие недвижимого имущества: проблема законодательного определения (Пятков Д.В., Савицкая П.В.)

Раздел 3. Проблема сделок в гражданском праве

- 3.1. Сделки и административные акты как основания гражданских правоотношений (Пятков Д.В.)
- 3.2. Оспоримые сделки и нотариат: антиномия российского права (Пятков Д.В.)
- 3.3. «Вступление договора в силу» как проблемная категория гражданского права (Пятков Д.В.)

Раздел 4. Проблема собственности в гражданском праве

- 4.1. Перспективы вещного права: публичная собственность и единое право собственности (Пятков Д.В.)
- 4.2. Субъекты права государственной и муниципальной собственности (Пятков Д.В.)
- 4.3. Субъекты права публичной собственности в России и республике Казахстан (Пятков Д.В.)
- 4.4. Право публичной собственности на вещи несвободные в обороте (Пятков Д.В., Савицкая П.В.)
- 4.5. Право собственности соседей как сфера взаимодействия цивилистики и административного права (Пятков Д.В., Пяткова М.Д.)
- 4.6. Момент возникновения права собственности на недвижимость: новеллы законодательства и судебной практики (Пятков Д.В.)

Раздел 5. Проблемы гражданско-правового регулирования отдельных сфер общественной жизни

- 5.1. Правовые формы финансирования девелоперской деятельности (Пронина Н.А.)
- 5.2. Развитие конституционного понятия «предпринимательская деятельность» в гражданском праве России (Пятков Д.В.)
- 5.3. Незаконное предпринимательство: классика российской цивилистики как научная основа современной правоприменительной деятельности (Пятков Д.В.)
- 5.4. Векторы развития законодательства о паллиативной медицинской помощи в Российской Федерации (Пронина Н.А.)
- 5.5. Добровольческая (волонтерская) деятельность в системе договорных отношений гражданского права (Пятков Д.В., Бебко Н.Э.)

Введение

Настоящее пособие представляет собой сборник статей, посвященных отдельным вопросам гражданского права. Пособие предназначено для обучающихся по программам бакалавриата или специалитета по направлению подготовки «Юриспруденция», а также для студентов, избравших магистерскую программу цивилистической направленности, для более глубокого изучения принципиальных основ гражданского права как профильной отрасли современного права и юридического знания. Научно-исследовательский, нормативно-правовой и эмпирический материал, обобщенный в отдельные статьи по актуальным проблемам гражданского права, является результатом научной, исследовательской, аналитической и практической работы авторов настоящего пособия в области цивилистики.

Целесообразность подобной коллаборации научно-исследовательской деятельности авторов обусловлена тем, что в рамках различных образовательных программ гражданско-правовой направленности существует общая настоятельная потребность в обнаружении, оформлении и более детальном, но при этом – системном, рассмотрении актуальной проблематики гражданского права в соответствии с современными запросами юридической практики. Исследователи посчитали необходимым объединить в рамках одного пособия как научные разработки в области теории, догматики гражданского права, так и узкоотраслевые специальные вопросы цивилистической науки, которые возникли в процессе правоприменения. В ряде случаев внимание авторов привлекли явления и процессы современной действительности, еще не нашедшие своего адекватного нормативного регулирования в качестве самостоятельных правовых категорий, а потому представляющие исследовательский интерес с точки зрения фундаментальной юриспруденции.

Адресуя настоящее пособие учащимся – абитуриентам, студентам, магистрантам и аспирантам, рассматриваем его как источник для обзорного ознакомления с гражданско-правовой проблематикой, взглядами, дискуссиями, точками зрения и именами их авторов, наконец, с ключевыми публикациями

отечественной цивилистики. Статьи настоящего сборника способны, в свою очередь, выступить в качестве ориентира для научно-исследовательской работы учащихся, сформировать сферу научных интересов, наметить вектор исследовательской работы, определиться с тематикой и содержанием выпускных квалификационных работ.

Сведения об авторах:

Пятков Дмитрий Валерьевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Юридического института АлтГУ, победитель грантового конкурса Стипендиальной программы Владимира Потанина 2018/2019

Пронина Наталья Александровна, LL.M, аспирант, ст. преподаватель кафедры гражданского права Юридического института АлтГУ.

Раздел 1. Проблема субъекта в гражданском праве

1.1. Лица людей (Пятков Д.В.)¹

Человек есть физическое лицо или у человека есть физическое лицо?
Юридическое лицо – это кто или оно чьё?

Не первый год я пытаюсь обсуждать со студентами эти вопросы. Ответы могут быть весьма полезны в самых разных областях юридической теории и практики, особенно – в законотворческой деятельности. Например, разграничивая человека и его физическое лицо, законодатель получает возможность сколько угодно долго сохранять правовые отношения при потере человека в жизни. Эта потеря не угрожает существованию физического лица. Потому, даже некоторые личные неимущественные правоотношения с участием физического лица могут сохраниться в неизменном виде после смерти соответствующего человека. Такое понимание физического лица способно оказать решающее влияние на выбор объекта охраны в авторском праве: имя и авторство умершего автора или его право на имя и право авторства.

Нарушить тождество человека и физического лица, поначалу, никто не желает. Предлагаемая постановка вопроса о юридическом лице особого энтузиазма также не вызывает. Однако настроение аудитории быстро меняется, стоит только выяснить, какое значение может иметь в юриспруденции термин «лицо».

В некоторых научных трудах по римскому праву словом «лицо» переводится римский термин «persona». Например, в учебнике И.Б. Новицкого можно прочесть следующее: «Рабовладельческое общество признавало лицом (persona), т.е. существом, способным иметь права, не каждого человека»². Из этого предложения видно, что термин «persona» И.Б. Новицкий переводит словом «лицо» для обозначения человека, пускай и не каждого. Используя современную терминологию, И.Б. Новицкий далее недвусмысленно пишет, что

¹ Статья впервые опубликована в Российском юридическом журнале. – 2012. № 5. – С. 33–40.

² Новицкий И.Б. Римское право. – М., 1994. – С. 47.

физические лица – это люди. С ним как будто все солидарны, потому совершенно неожиданно звучит голос Г.Ф. Шершеневича: «для обозначения субъекта права употребляется римский термин *persona*, означающий маску»³. Если по И.Б. Новицкому *persona* – это субъект, то есть лицо, в смысле – человек, то по Г.Ф. Шершеневичу *persona* – это субъект, то есть лицо, в смысле – маска. Понятно, что столь различное завершение терминологического ряда не может быть оставлено без внимания, поскольку свидетельствует о различиях не только в терминах, но и в понятиях.

В словарях есть указание на то, что слово «лицо» может быть использовано в значении «человек»⁴. Но предлагаются и такие значения: «наиболее показательная, выражающая сущность явления или предмета сторона чего-либо», «персонаж»⁵. В последних двух значениях слово «лицо» очень близко к слову «маска», которое предпочел использовать Г.Ф. Шершеневич для перевода термина «*persona*». Если попытаться свести воедино десяток толковых словарей, то можно заметить, что слова «лицо», «личность», «персона», «маска» в некоторых своих значениях могут образовать единый смысловой ряд. Ни этот ли смысловой ряд принадлежит юриспруденции?

Стоит только заменить термин «лицо» словом «маска» при обозначении субъектов права, то очевидным становится, что физическое лицо (маска) как раз у человека, а не сам человек; юридическое лицо (маска) это что-то и чье-то, а не кто-то.

У цивилистов о лице не принято много говорить в общем плане. Доктринальные определения лица обычно строятся с использованием таких выражений: субъект права, участник правоотношений, носитель субъективных прав и обязанностей. В современной науке гражданского права предпочтение явно отдается исследованию только некоторых видов лиц. Настрой многих

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. § 13 (II. Природа юридического лица) [Электронный ресурс]: подг. по печ. изд. 1911 г. // Система ГАРАНТ. Версия ГАРАНТ-СТУДЕНТ 2010 (весенний семестр). 1 электрон. опт. диск. Загл. с экрана.

⁴ См.: Ожегов С.И. и Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М., 1992. – С. 337–338.

⁵ Ефремова Т.Ф. Большой современный толковый словарь русского языка [Электронный ресурс]: подг. по печ. изд. 2006 г. // Электронный словарь АБВУЯ Lingvo 12 (английская версия). Выпуск: 12.0.0.459. / ООО «Аби», – М., 2006. 1 электрон. опт. диск. Загл. с экрана.

юристов таков, что физические лица просты и понятны, а юридические лица – сложный феномен; физическое лицо – это известно кто, а юридическое лицо – неизвестно что. Но потому так много теорий юридического лица и нет взаимопонимания среди ученых, что вопрос о физическом лице решен не верно. Простота физического лица – кажущаяся, а *путь к познанию юридического лица лежит через лицо физическое.*

Н.Л. Дювернуа, характеризуя своих современников, отмечал, что их «правосознание не ставит понятия личности так обособленно от человека, как это было у римлян»⁶. Это замечание справедливо и для оценки правосознания ныне живущих людей. Современное правосознание не приемлет личность как «известную сферу правоотношений»⁷, ему подавай телесную или вещественную начинку лица, что-нибудь такое, что можно потрогать руками.

Е.Н. Трубецкой также утверждал, что понятия человека и субъекта прав не совпадают между собой⁸. Но его рассуждения были сосредоточены преимущественно вокруг еще не родившихся (зародышей) или уже умерших людей. Е.Н. Трубецкой делал весьма оригинальный для современной юриспруденции вывод: субъект права переживает соответствующего человека⁹. Ученый вплотную приблизился к противопоставлению человека субъекту права. Однако, допуская существование субъекта прав по фамилии Петров, когда реальный человек с такой фамилией умер, Е.Н. Трубецкой, все же, не противился отождествлению субъекта правоотношений с человеком Петровым, когда он еще жив. Выходит так: если человек жив, то субъект права – это человек, если же человек умер, то субъект права – это не человек. Создается впечатление, что увидев в какой-то момент разрыв между субъектом права и соответствующим человеком, Е.Н. Трубецкой оставил без внимания всю открывающуюся при таком разрыве перспективу: *если хотя бы однажды*

⁶ Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 1. – М., 2004. – С. 245.

⁷ Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 1. – М., 2004. – С. 245.

⁸ См.: Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. – М., 1917. – С. 166 // <http://civil.consultant.ru/reprint/books/112/> (2010. 9 июля).

⁹ См.: Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. – М., 1917. – С. 168 // <http://civil.consultant.ru/reprint/books/112/> (2010. 9 июля).

человек и субъект права явно расходятся, их следует воспринимать всегда как принципиально различные категории.

Интересный факт: приблизительно в то же время, когда публикуются Лекции по энциклопедии права Е.Н. Трубецкого (1909 г.)¹⁰, Г.Ф. Шершеневич существенно меняет свой взгляд на субъекты права, допуская конструктивную критику теории фикции, обнаруживая принципиальное сходство между физическими и юридическими лицами. В очередном издании его учебника по гражданскому праву (1911 г.) можно прочесть следующее: «Основная ошибка теории фикции заключается в том, что она предположила, будто человек становится субъектом права в силу своей человеческой природы; субъект права, потому что человек, или – человек, а следовательно субъект права... В действительности всякий субъект есть создание объективного права. Субъекты – это те центры, около которых волей закона объединяются юридические отношения, образуя обособленные комплексы. Здесь мы обнаруживаем основную ошибку теории германистов, которые во что бы то ни стало искали в субъекте реальности, тогда как субъект права есть только юридическое представление, все равно, идет ли речь о юридическом или о физическом лице»¹¹. Особенно интересно в этой цитате окончание: физические и юридические лица одинаковы в том смысле, что являются лишь юридическими представлениями и не нужно искать в них реальность человеческого тела или вещи. Годом раньше в Общей теории права (1910 г.) Г.Ф. Шершеневич написал: «Субъект права – это тот, кому объективное право присваивает в юридическом отношении субъективное право. Субъект права иначе называется лицом... Субъект права – не антропологическое, а чисто юридическое представление. Субъект права не то же самое, что человек, – это только одно его свойство, созданное объективным правом»¹². Физическое лицо, в

¹⁰ К 1909 г. относится самое раннее известное мне издание «Лекций...».

¹¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. § 13 (II. Природа юридического лица) [Электронный ресурс]: подг. по печ. изд. 1911 г. // Система ГАРАНТ. Версия ГАРАНТ-СТУДЕНТ 2010 (весенний семестр). 1 электрон. опт. диск. Загл. с экрана.

¹² Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Тома III–IV. – Т. III, § 62 [Электронный ресурс]: подг. по печ. изд. 1910 г. // Система ГАРАНТ. Версия ГАРАНТ-СТУДЕНТ 2010 (весенний семестр). 1 электрон. опт. диск. Загл. с экрана.

понимании Г.Ф. Шершеневича, – это субъект права, лишь «совпадающий с человеком»¹³, а не сам человек.

Заметно, что Г.Ф. Шершеневич допускает тождество понятий «субъект права» и «лицо», решительно противопоставляя их понятию «человек». Та идея, которая в работе Е.Н. Трубецкого лишь угадывается, в творчестве Г.Ф. Шершеневича приобретает абсолютную ясность.

Если физическое лицо – лишь юридическое представление, только одно свойство человека, его маска, то юридическое лицо – также лишь юридическое представление, свойство, маска. Надо полагать, под этой маской, *в конечном счете*, сокрыт все тот же человек. Мысль эту можно выразить такими словами: *юридическое лицо – это еще одно лицо человека, еще одна его маска. Лучше сказать – очередное лицо человека, поскольку у человека по действующему законодательству может появиться множество юридических лиц.*

Предположение о том, что юридическое лицо – это лицо человека выглядит особенно реалистичным в ситуации, когда юридическое лицо образуется одним человеком. Но и в тех случаях, когда учредителями юридического лица выступают несколько человек, ситуация принципиально не меняется. Дело в том, что *если физическое лицо носит индивидуальный характер и сопряжено с единственным человеком, то юридическое лицо может служить удовлетворению потребностей сразу нескольких человек (множества людей) и находиться в коллективном обладании.* Другими словами, юридическое лицо может быть общим лицом (общей маской) одновременно нескольких человек, множества людей. Современный человек обычно мыслит так: «я – физическое лицо, а наша организация – юридическое лицо», вместо того чтобы утверждать: «у меня есть физическое лицо, а еще у нас есть юридическое лицо», но лучше бы он говорил: «у меня есть как физическое лицо, так и юридическое».

¹³ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Тома III–IV. – Т. III, § 62 [Электронный ресурс]: подг. по печ. изд. 1910 г. // Система ГАРАНТ. Версия ГАРАНТ-СТУДЕНТ 2010 (весенний семестр). 1 электрон. опт. диск. Загл. с экрана.

Физическое лицо есть у каждого человека, оно сопутствует человеку на протяжении всей его жизни. Юридические лица приобретаются не каждым человеком, а если это происходит, то, как правило, обретение человеком юридического лица носит волевой, целенаправленный характер. Появление у человека физического лица основано на событии (рождении), юридические лица становятся результатом сделки. Впрочем, даже отмеченные здесь различия физических и юридических лиц оказываются под сомнением, если учесть, что Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования – по сути своей тоже юридические лица людей.

По мнению Н.Л. Дювернуа, цель правового регулирования может быть достигнута только «некоторым *отрешением понятия личности от неперемного представления отдельного человека*»¹⁴. В этой связи можно заметить, что так называемые физические и юридические лица – это всего лишь различные формы отрешения понятия личности от представления отдельного человека. Нельзя даже сказать, что имеет место различная степень отрешения. Различие между физическим лицом и юридическим предопределено индивидуальным использованием физического лица и, как правило, совместным использованием юридического лица, а также сферой применения личности: физические лица находят применение в семейно-бытовых отношениях, а юридические лица применяются в профессионально-хозяйственной сфере. Последнее различие приблизительно, поскольку феномен индивидуального предпринимательства стирает практически полностью границы между физическими и юридическими лицами людей.

Вот, некоторые обороты речи, эпитеты и термины, с помощью которых классики говорят о лице в праве, пытаясь объяснить его сущность: «маска», «юридическое представление», «центр юридического отношения», «совпадает с человеком», «не то же самое, что человек», «свойство человека». Но только Н.Л. Дювернуа до конца последователен и предельно точен в подборе научных терминов, когда пишет о лице в гражданском праве как о *гражданской*

¹⁴ Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 1. – М., 2004. – С. 250.

правоспособности... Общее учение о лице он предваряет словами: «Понятие личности в гражданском праве может быть отождествлено с понятием конкретной гражданской правоспособности»¹⁵. В своем сочинении Н.Л. Дювернуа с поразительной настойчивостью поддерживает эту мысль.

Лицо в гражданском праве есть гражданская правоспособность человека. Физическое лицо – это гражданская правоспособность человека, но и лицо юридическое имеет тот же субстрат. Что касается юридического лица, в создании которого участвовало другое юридическое лицо, то коротко заметим здесь: вряд ли будет точным утверждение, что одно юридическое лицо является лицом другого юридического лица; скорее, оба они являются лицами соответствующих людей. Например, дочернее хозяйственное общество, созданное акционерным обществом, будет лицом не акционерного общества, а его акционеров-людей. А если все или некоторые акционеры – юридические лица, тогда следует идти по цепочке юридических лиц в поиске людей. Можно выразиться и так: лицо лица есть, *в конечном счете*, лицо человека.

Как же такое может быть, что юридическое лицо – это правоспособность человека, если обычно говорят «правоспособность юридического лица»? Что же, выражение «правоспособное лицо» на деле означает «правоспособная правоспособность»? Но никого уже не смущает словосочетание «арбитражный суд», и от этого оно не перестало означать «судебный суд». Какими словами можно заменить привычную фразу «юридические лица заключили договор»? О замене в этом случае приходится думать, поскольку, если прав Н.Л. Дювернуа, предложенная фраза означает, что договор заключили чьи-то правоспособности. Можно ли уйти от *образа деятельной правоспособности*, представив ее исключительно как средство деятельности человека? В качестве альтернативы допустимо такое выражение: «с использованием юридических лиц заключен договор».

Конечно, обнаружение принципиального сходства между физическими и юридическими лицами, перевод термина «*persona*» словом «маска», понимание

¹⁵ Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 1. – М., 2004. – С. 237.

лица как правоспособности человека – все это серьезно угрожает современной юридической лексике. Трудно представить каким было бы наше законодательство без привычных терминов «физическое лицо», «юридическое лицо» в их современном значении. Но наше законодательство могло быть таким¹⁶. Возможно ли создать тексты права, в которых лицо упоминалось бы только в качестве *средства* юридически значимой деятельности человека? Такие тексты могут быть написаны.

Предположительно, юридическая маскировка человека, то есть предоставление ему правоспособности, отрешение от его природных индивидуальных свойств, иначе – олицетворение человека, будучи необходимым условием эффективного правового регулирования, неприметно дополнилось очеловечиванием лица, то есть очеловечиванием правоспособности. Разговор о *лице человека* продолжился в юриспруденции беседой о *лице-человеке*, и продолжение это было совсем не обязательным. Появилась *метафора* «лица действующего, сознающего, волепоспособного», которая сначала получила официальное признание и широкое применение в законодательстве, а теперь даже за метафору не считается. Е.В. Богданов называет это антропоморфизмом в юриспруденции, мифологическим представлением о юридическом лице. Он призывает к обесчеловечиванию юридического лица, высказывается в поддержку таких теорий, которые соответствуют объективному положению дел: юридическое лицо – всего лишь инструмент участия человека в гражданском обороте¹⁷. С мнением Е.В. Богданова можно согласиться с одним условием: обесчеловечивание в юриспруденции должно начаться с физического лица. Сложно понять, почему одно лицо (физическое) это сам человек, а другое лицо (юридическое) – средство деятельности человека. Всякое лицо в гражданском праве – это средство деятельности человека.

¹⁶ В дореволюционных научных работах заметна некоторая осторожность ученых в использовании понятий «физическое лицо» и «юридическое лицо». Эти понятия тогда нуждались как бы в оправдании. Имело место и откровенное их неприятие.

¹⁷ См.: Богданов Е.В., Богданов Д.Е., Богданова Е.Е. Отдельные проблемы гражданского права: учеб. пособие. – М., 2010. – С. 36–46.

Юристы вряд ли откажутся от *образа деятельной правоспособности*, они вряд ли перестанут выражаться образно и метафорично, говорить о лицах людей словами, относимыми к самим людям. Поэтому, *сегодня, в условиях господства антропоморфных учений о лице, для того, чтобы уверенно различать лицо и человека, крайне важно решиться на разграничение отношений правовых и отношений общественных*, освободиться от захватившей науку идеи, будто правовые отношения – это общественные отношения, урегулированные нормами права¹⁸. Негативное влияние антропоморфизма на теорию и законодательство о лицах можно компенсировать, признавая, что правоотношение – это не общественное отношение, лицо – это не человек. Лица – в правоотношениях, а люди – в общественных отношениях.

Может быть и так: в общественных отношениях участвует человек душой и телом, то есть своим существом, а в правовых отношениях участвует он же, но в лицах (в лице физическом, в лицах юридических). В общественные и правовые отношения вступает один и тот же человек, но по-разному вступает. Общественное отношение – это общение человеческих существ, а правоотношения – это взаимосвязь человеческих лиц. Вот почему правоотношение возможно и при единственном человеке, лишь бы два лица у него было (физическое и юридическое). Однако, такое разделение общественных отношений и правоотношений, такое соотношение понятий человека и лица вряд ли можно успешно выразить на языке современной юриспруденции. Но отчаиваться не следует: *до прояснения соотношения понятий человека и лица даже самое грубое и приблизительное разделение человека и лица может благотворно повлиять на теорию, законодательство и практику его применения.*

¹⁸ Вот и авторы очерка о гражданском правоотношении справедливо пишут: «понимание правоотношений как отношений фактических, выделяющихся лишь урегулированием нормами права, является ошибочным» (Бабаев А.Б., Белов В.А. Проблемы общего учения о гражданском правоотношении // Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.А. Белова. – М., 2007. – С. 201). Можно долго подбирать выражения для того, чтобы показать суть правоотношений («одежда» фактических отношений, слепок с них, отражение, модель), для начала важно определиться, что правоотношение – это не общественное отношение целиком, ни даже его часть (сторона, аспект).

Как бы то ни было, воспоминание об умозрительной природе, бестелесности и потому нетленности любого лица позволит понять и объяснить чрезвычайную стабильность правовых отношений, их малую зависимость от судьбы людей.

Еще можно заметить, что отдаляя физическое лицо от человека, мы юридическое лицо к нему приближаем. В конечном счете, и то и другое лицо становятся на одинаковом расстоянии от человека, служа ему в праве по-разному. Осознанное разделение человека и лица делает более понятным феномен юридического лица и некоторые другие явления.

Например, различая человека и его физическое лицо можно обосновать сохранение и защиту субъективного права авторства и права на имя после смерти человека, создавшего произведение. Непередаваемость личных неимущественных прав не обуславливает их прекращение в момент смерти автора. Потеря человека в жизни, компенсированная соответствующим физическим лицом в правовых отношениях, устраняет противоречие между непередаваемостью личных неимущественных прав и сохранением их даже после смерти автора. Дело в том, что такое свойство личных неимущественных прав как их непередаваемость сопряжено не с человеком как смертным участником общественной жизни, а скорее с его физическим лицом. Поскольку физическое лицо не отождествляется с человеком, постольку потеря человека не обязательно приводит к потере субъективных прав, возникших при его жизни и сохранившихся к моменту его смерти. Если в этом есть необходимость (как в случае с правом авторства и правом на имя), законодатель может задержать субъективные права возле физического лица умершего человека. Другие права перейдут к наследникам (например, право собственности) или прекратятся (например, права на жизнь и здоровье).

Законодательное закрепление сегодня находит идея прекращения права авторства и права на имя после смерти человека, создавшего произведение (ст.

1228 Гражданского кодекса РФ¹⁹). В качестве объекта защиты названы авторство и имя автора, а не право авторства и не право на имя. Это законодательное решение можно рассматривать как следствие антропоморфизма в понимании лица: нет человека – нет и лица, а потому и субъективного права тоже нет.

Между тем, нельзя исключать, что отечественная юриспруденция скоро будет вынуждена по примеру других стран решать проблему сохранения некоторых личных неимущественных прав после смерти человека. С.А. Слипченко приводит следующий пример из судебной практики Германии: рассматривая дело о возможности наследования права на имя Марлен Дитрих, суд установил, что «имущественная составляющая права на указанное благо переходит по наследству»²⁰. Примечательно, что суд не признал передаваемость субъективного права целиком (во всяком случае, С.А. Слипченко об этом не пишет). Все же, о переходе по наследству имущественной составляющей права на имя можно говорить, если в целом право на имя признается существующим после смерти человека. Надо полагать, что после смерти соответствующего человека, как и при жизни, право на имя не исчерпывается коммерческим его использованием. Если допустить передаваемость имущественной составляющей права на имя, останется вопрос о судьбе неимущественной составляющей права на имя (наследственное преемство в неимущественной части права на имя вряд ли получит законодательное закрепление). Физическое лицо умершего человека здесь будет весьма полезно как обладатель неимущественной составляющей права на имя.

На основе идеи разделения лица и человека, было предпринято исследование государственных корпораций, создаваемых Российской Федерацией. Предложено понимать государственную корпорацию как общее лицо людей, скорее всего – лицо людей, образующих народ Российской

¹⁹ Гражданский кодекс РФ (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2006. – № 52 (1 ч.). – Ст. 5496.

²⁰ Слипченко С.А. Некоторые вопросы теории и практики личных неимущественных прав // Цивилист. – 2011. – № 2. – С. 46.

Федерации. Любая государственная корпорация и Российская Федерация с одинаковым основанием могут быть названы лицами людей, причем, в конечном счете, – одних и тех же людей²¹.

Правосубъектность под названием «государственная корпорация», особенно в предлагаемом здесь понимании, способна придать новый импульс той идее, что существует публичная собственность как такая форма собственности, которая противоположена частной собственности в простой двучленной классификации форм собственности: частная и публичная формы собственности. Общепринято понятием «публичная собственность» охватывать только государственную собственность Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, а также собственность муниципальную. Но если допустить, что Российская Федерация и государственная корпорация – это хотя и разные лица, но лица одних и тех же людей, тогда закономерно возникает вопрос: не является ли собственность государственной корпорации еще одним видом публичной собственности, наряду с государственной и муниципальной собственностью? Более того, подобный вопрос неизбежен применительно к любым другим юридическим лицам-собственникам, подконтрольным Российской Федерации, например, применительно к акционерным обществам, все акции которых принадлежат Российской Федерации. Такие акционерные общества, как и государственные корпорации, существуют, в конечном счете, как лица людей, образующих народ России, как общенародные юридические лица. Нет ли оснований говорить о публичной собственности юридических лиц?

Разумеется, что такое понимание юридических лиц, требует переосмысления нашего приватизационного законодательства и практики его применения. С этих позиций невозможно квалифицировать в качестве приватизации передачу федерального имущества не только в собственность государственных корпораций, но и в собственность акционерных обществ,

²¹ См. подробнее: Пятков Д.В. Государственные корпорации и кризис учения о лицах в российском гражданском праве (классики и современность) // Очерки конституционной экономики. 10 декабря 2010 года: госкорпорации – юридические лица публичного права / Отв. ред. Г.А. Гаджиев. – М., 2010. – С. 433–454.

единственным акционером которых становится Российская Федерация. Такое распоряжение имуществом (смена собственника при сохранении у собственности публичной формы) следует относить не к приватизации, а к разграничению публичной собственности, соответствующим образом изучать его и регулировать. Между тем, согласно ст. ст. 13, 25 и 39 Федерального закона «О приватизации государственного и муниципального имущества»²², внесение государственного имущества в качестве вклада в уставные капиталы открытых акционерных обществ признается приватизацией. Надо полагать, что смысл приватизации не в том, чтобы собственником государственного имущества стало юридическое лицо, а в том, чтобы юридическое лицо приобрело имущество именно в частную собственность.

Различая человека в общественных отношениях и его лицо в правовых отношениях, можно успешно решать и некоторые другие проблемы цивилистики – как совершенно новые ее проблемы (например, опровержение распространенного ныне мнения об удвоении субъекта при осуществлении человеком предпринимательской деятельности без образования юридического лица), так и вполне традиционные проблемы (например, обнаружение и точное описание правосубъектности «лежачего наследства»).

²² Федеральный закон от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2002. – № 4. – Ст. 251.

1.2. Формирование правосубъектности предпринимателя (Пятков Д.В.)²³

Возможность заниматься предпринимательской деятельностью является существенным дополнением гражданской правосубъектности человека по действующему российскому законодательству в сравнении с советским гражданским правом. Влияние этой возможности на гражданскую правосубъектность физического лица столь велико, что заставляет пересмотреть некоторые, казалось бы, незыблемые правила. Теряются столь привычные и стабильные ориентиры в определении правового положения лица, его юридических возможностей. Чего, например, стоит утверждение, что дееспособность гражданина не возникает в полном объеме с наступлением совершеннолетия? Более того, ни один гражданин ни при каких условиях по действующему законодательству не может стать полностью дееспособным. Вопреки правилу п. 1 ст. 21 ГК РФ, совершеннолетний гражданин не может приобретать гражданские права и создавать для себя гражданские обязанности по договору коммерческой концессии до тех пор, пока не будет зарегистрирован в качестве предпринимателя. Точно также ограничены возможности гражданина в отношениях купли-продажи применительно к договору поставки. Конечно, совершеннолетие приблизило его к этим отношениям, но не стало достаточным юридическим фактом для восполнения недостающего объема юридических возможностей.

Можно было бы успокоиться на этот счет и не подвергать сомнению последовательность законодателя. Что мешает совершеннолетнему гражданину зарегистрироваться в качестве предпринимателя и обрести полную свободу участия в гражданском обороте? Ничего. Но, в таком случае, что мешает четырнадцатилетнему гражданину прожить еще четыре года и попасть в разряд так называемых полностью дееспособных граждан? Ничего. Еще меньше препятствий на пути семнадцатилетнего, готового завтра отметить свой

²³ Статья впервые опубликована в Журнале российского права. – 2006. – № 1. – С. 85–97. В статье используется законодательство по состоянию на январь 2006 года.

очередной день рождения. Однако, законодательством гражданин не признается полностью дееспособным каким бы близким для него ни было совершеннолетие.

Не следует ли оставить в покое основы учения о гражданской правосубъектности на том основании, что достижение совершеннолетия – это событие, а государственная регистрация в качестве предпринимателя связана с правомерными действиями гражданина и государственного органа? Это немаловажное обстоятельство в данном случае значения не имеет, поскольку законодательство дважды позволяет гражданину по его инициативе досрочно приобрести якобы полную дееспособность: вступление в брак и эмансипация. Если вступление в брак и эмансипация способны оказывать влияние на дееспособность гражданина, то почему последствия государственной регистрации гражданина в качестве предпринимателя принято рассматривать вне всякой связи с вопросом об увеличении объема гражданской дееспособности лица? В этих трех случаях мы имеем в принципе сравнимые действия гражданина, решения уполномоченных органов публичной власти и последствия в виде возрастающей юридической свободы участия в правоотношениях.

Но и государственная регистрация гражданина в качестве предпринимателя устраняет не все препятствия, воздвигнутые законодателем на пути гражданина при осуществлении им правосубъектности. Для занятия некоторыми видами деятельности требуется последовательно: получить высшее образование, приобрести профессиональный стаж по определенной специальности, подтвердить свою квалификацию в установленном порядке, затем получить лицензию или войти в состав участников саморегулируемой организации предпринимателей. Для обретения возможности заключить договор об оказании аудиторских услуг в качестве исполнителя, совершеннолетнему гражданину без высшего образования при обычных обстоятельствах потребуется больше времени, чем это необходимо четырнадцатилетнему для того, чтобы стать, так называемым, полностью

дееспособным физическим лицом. Странно, что лицо признается полностью дееспособным субъектом в ситуации, когда возможность заключить гражданско-правовой договор в качестве аудитора полностью отсутствует.

Аудиторам закон запрещает заниматься какой-либо иной предпринимательской деятельностью, кроме аудита и оказания сопутствующих ему услуг (ст. 3 Федерального закона «Об аудиторской деятельности»²⁴). Данный вид деятельности не единственный пример запрета на совмещение видов предпринимательской деятельности. Таким образом, гражданин не может в одно время обладать правом на осуществления всех видов деятельности. Его способность к заключению гражданско-правовых договоров ограничена постоянно. Здесь уместно вспомнить и о тех ограничениях дееспособности гражданина, которые возникают при его поступлении на государственную службу, при выборе им профессии нотариуса и др. В таких случаях гражданин ограничен в способности совершать сделки, образующие какой-либо вид предпринимательской деятельности.

Ни запрет на совмещение некоторых видов предпринимательской деятельности, ни запрет на совмещение предпринимательской деятельности с иными видами деятельности в принципе не могут быть преодолены по действующему законодательству. Это еще более строгий способ ограничения дееспособности лица по сравнению с теми ограничениями, которые связаны с необходимостью достигать определенного возраста.

Конечно, вывод о том, что гражданская дееспособность лица – явление не столь стабильное как принято считать, ничего не меняет для гражданина. Он не становится ни более ни менее свободным при совершении сделок. Но чистота и стройность юридических конструкций, должно быть, еще имеет значение и для качественного нормотворчества и для лучшего усвоения материала в процессе профессионального обучения. Иначе выходит, что, как и прежде, из всех ограничений возможности граждан совершать сделки в понятии дееспособности заслуживают отражения лишь те, которые связаны с детьми,

²⁴ Собрание законодательства Российской Федерации – 2001. – № 33 (Ч. I). – Ст. 3422.

алкоголиками, наркоманами и умалишенными. Этот взгляд на дееспособность, в какой-то мере, быть может, соответствовал прежнему содержанию правоспособности советских граждан, но теперь вступает в явное противоречие с действительностью. Если гражданское право призвано обслуживать лишь бытовые потребности человека, то нет необходимости изменять нормы о дееспособности; право заниматься предпринимательством кажется инородным телом в содержании гражданской правоспособности; существуют все основания ставить вопрос о предпринимательской право- дееспособности как самостоятельной категории. В противном случае нормативное описание гражданской дееспособности должно быть приведено в соответствие с содержанием гражданской правоспособности; важные, принципиальные изменения в содержании гражданской правоспособности должны отразиться на представлении о гражданской дееспособности как о гораздо более динамичном явлении, чем было принято считать прежде.

Право заниматься предпринимательской деятельностью – это не просто еще одна возможность, приобретенная гражданами²⁵. Содержание этого права, пожалуй, богаче содержания всех иных прав, известных из ст. 18 ГК РФ. Право заниматься предпринимательской деятельностью вмещает в свое содержание значительную часть возможностей, известных из ст. 18 ГК РФ. Занятие предпринимательской деятельностью предполагает возможности гражданина быть собственником, заключать договоры, создавать юридические лица, быть

²⁵ Мы солидарны с авторами (С.Н. Братусь, С.С. Алексеев и др.), которые рассматривают правоспособность в качестве особого субъективного права. Точно также и дееспособность можно рассматривать в качестве специфического абсолютного субъективного права. В связи с этим, отдельные элементы правоспособности и дееспособности можно именовать и возможностями, и способностями, что не исключает взгляд на них как на отдельные субъективные права. Интересна позиция А.В. Мицкевича по этому вопросу. Он не называет правоспособность субъективным правом, однако считает, что содержание правоспособности образует комплекс гражданских прав: право (возможность) быть собственником имущества, право (возможность) заключать договоры и т.д. (См.: Мицкевич А.В. Субъекты советского права. – М.: Госюриздат, 1962 – С. 21). Такая характеристика отдельных элементов правоспособности позволяет охарактеризовать саму правоспособность не иначе как субъективное право. В подтверждение данного вывода можно сослаться на нормативную характеристику права собственности. В соответствии с пунктом 1 статьи 209 ГК РФ собственнику принадлежат права владения, пользования и распоряжения своим имуществом. Таким образом, право собственности объединяет в своем содержании три других подчиненных ему права, является системой прав. Однако, следует различать абстрактные возможности (права) лица и субъективные права этого же лица в конкретных правоотношениях: например, право быть собственником имущества и право собственности на конкретную вещь, право заниматься предпринимательской деятельностью и, например, права поставщика или перевозчика по конкретному договору. Правоспособность и дееспособность, будучи субъективными правами, объединяют в своем содержании в качестве подчиненных прав именно абстрактные права (возможности).

субъектом исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и т.д. Содержание права на занятие предпринимательской деятельностью во многом повторяет содержание гражданской правоспособности, пускай и ограничено специфической целью, особым характером деятельности и другими требованиями (п. 1 ст. 2 ГК РФ). Это право как один из элементов гражданской правоспособности по своей структуре вполне сравнимо с правоспособностью в целом. Поэтому, право на занятие предпринимательской деятельностью вряд ли могло появиться в содержании гражданской правоспособности таким образом, чтобы остаться незамеченным в содержании гражданской дееспособности²⁶. Предпринимательство – это специфическая сфера деятельности гражданина. Ограничения прав и свобод в этой сфере отличаются и способами, и степенью, и целями. Устранение этих ограничений также обладает спецификой, поскольку соответствующие нормы адресованы уже достаточно самостоятельным субъектам, способным не только полагаться на события, которые при обычных обстоятельствах жизни подведут их к большей юридической свободе. Эти лица пребывают в таком правовом положении, когда способны своими действиями расширять собственную правосубъектность. С определенного возраста человек становится творцом правосубъектности, а не только субъективных прав и обязанностей.

²⁶ Мы полагаем, что право заниматься предпринимательской деятельностью является одним из элементов и гражданской правоспособности, и гражданской дееспособности физического лица. Станным было бы утверждение, что в содержании правоспособности лица это право существует, а в содержании дееспособности оно отсутствует, находится за пределами дееспособности, наряду с ней. В учебной литературе верно было отмечено: «Содержание дееспособности тесно связано с содержанием правоспособности и в известной мере определяется ею. Это выражается в том, что лицо может своими действиями приобретать и осуществлять только те права и обязанности, возможность приобретения которых входит в содержание правоспособности.» (Советское гражданское право: Учебник. В 2-х частях. Ч. I / Под ред. В.А. Рясенцева. – 2-е изд., перераб. и дополн. – М.: Юрид. лит., 1986. – С. 93). Если гражданин имеет право быть предпринимателем (ст. 18 ГК РФ), в определенный момент он приобретет возможность своими действиями создать для себя права и обязанности, связанные с предпринимательской деятельностью (ст. 21 ГК РФ). По этой причине мы не видим смысла в том разграничении гражданской дееспособности и права заниматься предпринимательством, которое проведено в п. 2 ст. 22 ГК РФ. Это скорее техническая ошибка законодателя. В противном случае, возможность заниматься предпринимательской деятельностью следует исключить из перечня ст. 18 ГК РФ, необходимо признать существование предпринимательской правосубъектности наряду с гражданской правосубъектностью. Существование предпринимательской правосубъектности как самостоятельной категории теоретически возможно, однако общая направленность действующего гражданского законодательства такова, что право на занятие предпринимательской деятельностью – это скорее один из элементов гражданской правоспособности и дееспособности, а не отдельная правосубъектность.

Разнообразные ограничения права на занятие предпринимательской деятельностью касаются не только дееспособности. В некоторой степени ограничению подвергается и гражданская правоспособность лица. Дело в том, что как элемент гражданской правоспособности право на предпринимательскую деятельность не может быть осуществлено действиями других лиц (действиями законных представителей). Отсутствует возможность вступать в правоотношения без способности действовать самостоятельно. Если у гражданина в данный момент отсутствует возможность вступать в правоотношения хотя бы через законных представителей, следует говорить об ограничении не только дееспособности, но и правоспособности²⁷. Все же, гражданин в таких случаях (несовершеннолетний, совершеннолетний без государственной регистрации в качестве предпринимателя и т.п.) может быть признан правоспособным для осуществления предпринимательской деятельности. Соответствующая возможность присутствует в содержании гражданской правоспособности, но ограничена. Почему гражданин не может стать участником правоотношений в качестве предпринимателя? Потому, что не обладает гражданской право- дееспособностью, содержание которой было бы достаточным для такого участия в данный момент времени. На каком же основании он вправе требовать решение о государственной регистрации, о предоставлении лицензии и т.п.? Потому, что все же право- дееспособен, способен иметь гражданские права и обязанности в качестве предпринимателя, способен к участию в правоотношениях *в будущем*, обеспечив своими действиями такое участие. Заявляя указанные требования, гражданин стремится увеличить объем своей право- дееспособности. Другими словами, чтобы вступить в гражданские правоотношения в качестве предпринимателя, приобрести конкретные субъективные права и обязанности, следует сделать несколько «лишних движений», реализуя право- дееспособность в существующем ограниченном объеме. Для начала следует своими действиями

²⁷ Это не характерно для гражданского права. Обычно, гражданин, не имея возможности действовать самостоятельно, все же становится субъектом гражданских правоотношений благодаря действиям законных представителей. Ограничение дееспособности компенсируется возможностью реализовать правоспособность лица действиями законных представителей.

устранить ограничения правоспособности и дееспособности, восполнить содержание гражданской правосубъектности.

Гражданская правоспособность и дееспособность ограничиваются публично-правовыми нормами, в частности, нормами административного права. Поэтому, для устранения этих ограничений гражданин вынужден вступать в административные и иные публично-властные отношения: регистрироваться в качестве предпринимателя, получать лицензии и т.д. В этом случае гражданин реализует свою административную право- дееспособность. В результате ее реализации восстанавливается в необходимом объеме гражданская правоспособность, ее содержание приводится в состояние, достаточное для осуществления тех или иных видов предпринимательской деятельности. Восстанавливается в необходимом объеме и гражданская дееспособность лица применительно к соответствующим видам предпринимательской деятельности. Впрочем, приобретая таким образом необходимый объем гражданской правосубъектности, в некоторых случаях гражданин реализует не только административную правосубъектность. В значительной мере устранению ограничений гражданской право- дееспособности способствует то обстоятельство, что эти ограничения не столь велики, чтобы можно было вовсе не замечать право на предпринимательскую деятельность в содержании гражданской правосубъектности лица. Так, например, неземансипированный гражданин в возрасте от 14 до 18 лет, прежде чем обратиться в уполномоченный государственный орган с заявлением о государственной регистрации в качестве предпринимателя должен получить согласие законных представителей на занятие предпринимательской деятельностью. Такое согласие предполагает возникновение гражданских правоотношений между несовершеннолетним и его законными представителями. Его обращение к законным представителям является самостоятельным, правомерным и целенаправленным действием. Это обращение, поскольку оно обладает всеми свойствами сделки, предполагает наличие у несовершеннолетнего в некотором объеме не только гражданской

правоспособности, но и гражданской дееспособности. Очевидна и прямая связь таких действий с будущей предпринимательской деятельностью лица. То есть, право на предпринимательскую деятельность как элемент и гражданской правоспособности, и гражданской дееспособности, хотя и в ограниченном состоянии, все же существует, проявляется в действиях граждан, не зарегистрированных в качестве предпринимателей.

Другой пример. Гражданин-предприниматель, прежде чем приступить к осуществлению лицензируемого вида предпринимательской деятельности может выступить заказчиком услуг (например, образовательных, экспертных, консультационных), покупателем имущества, необходимого для успешного прохождения процедуры лицензирования. Он еще не обладает правоспособностью и дееспособностью, содержание которых достаточно для осуществления лицензируемого вида деятельности, не может совершать сделки, образующие этот вид деятельности, но он реализует те элементы своей гражданской правоспособности и дееспособности, которые имеют непосредственное отношение к лицензируемой деятельности. Эти действия можно рассматривать в качестве проявления права на предпринимательскую деятельность.

Еще один пример. В настоящее время деятельность арбитражных управляющих не лицензируется. Используется специфический способ ограничения права на предпринимательскую деятельность в этой сфере – обязательное участие в саморегулируемой организации арбитражных управляющих. Такое участие регулируется в первую очередь нормами гражданского права. Для такого участия необходима гражданская правоспособность. Человек еще не обладает гражданской правосубъектностью, содержание которой было бы достаточным для осуществления деятельности в качестве арбитражного управляющего, но в определенном объеме гражданской правосубъектностью он все же обладает, и ее ограниченное содержание позволяет устранять предусмотренные законом препятствия, входить в состав участников саморегулируемой организации. Связь этого элемента гражданской

право- дееспособности с будущей предпринимательской деятельностью очевидна. Для чего еще создавать саморегулируемую организацию, входить в состав ее участников, если не для того, чтобы заняться предпринимательством в качестве арбитражного управляющего? Надо полагать, что это одно из проявлений гражданской правоспособности и дееспособности лица, свидетельствующее о существовании права на занятие предпринимательской деятельностью как элемента в содержании гражданской правоспособности и гражданской дееспособности. Этот элемент правосубъектности не позволяет гражданину оказывать услуги в качестве арбитражного управляющего, но позволяет совершать сделки (участие в саморегулируемой организации), которыми будет обеспечена возможность оказания услуг в будущем.

Таким образом, устранение ограничений права на предпринимательскую деятельность в содержании гражданской правоспособности и гражданской дееспособности происходит путем реализации гражданином его публичной право- дееспособности. Но и гражданская право- дееспособность используется для достижения этой цели. Право на предпринимательскую деятельность в структуре гражданской правоспособности и гражданской дееспособности лица может осуществляться не только путем занятия конкретными видами деятельности. Рассмотренные выше примеры имеют прямое отношение к осуществлению права на предпринимательскую деятельность в той ситуации, когда это право подвержено многочисленным ограничениям. Нельзя сводить право на предпринимательскую деятельность только лишь к возможности заниматься конкретными видами деятельности, совершать сделки, образующие эти виды деятельности. В условиях многочисленных ограничений право на занятие предпринимательской деятельностью может иметь и иные проявления, связанные с устранением этих ограничений.

Ограничение правоспособности и дееспособности не следует отождествлять с полным запретом участвовать в каких-либо правоотношениях. Ограничение здесь заключается в том, что для участия в правоотношениях требуется соблюсти определенные условия: увольнение с государственной

службы, государственная регистрация, получение лицензии и т.д. Возможность заниматься предпринимательством как элемент правосубъектности гражданина вначале реализуется путем устранения ограничений и лишь затем путем занятия конкретными видами деятельности. Различие в способах реализации этой возможности обусловлены ее неодинаковым состоянием (сохранение большего или меньшего количества ограничений). То есть, проблема не в том, что в одних случаях право на занятие предпринимательством есть в содержании правосубъектности, а в других случаях его нет. Проблема в том, что в одних случаях есть возможность осуществить это право, занявшись конкретными видами деятельности, а в других случаях, осуществляя это право приходится совершать иные действия, чтобы в будущем заняться конкретным видом предпринимательской деятельности.

Гражданин вынужден постоянно находиться *в состоянии выбора*. Например: зарегистрироваться в качестве предпринимателя или сохранить прежний свой статус, сохраняя тем самым возможность заниматься видами деятельности, несовместимыми с предпринимательством (нотариальная деятельность, государственная служба и т.д.); заниматься видами предпринимательской деятельности, не подлежащими лицензированию, или получить лицензию, создав в некоторых случаях препятствия для осуществления иных видов предпринимательской деятельности.

Соблюдение указанных условий (государственная регистрация в качестве предпринимателя, получение лицензии и т.п.) переводит гражданина в *состояние готовности к участию в правоотношениях*. Однако, такое состояние всегда ограничено правоотношениями, соответствующими выбранной сфере деятельности. В одно и то же время нельзя быть готовым к участию во всех правоотношениях, связанных с предпринимательской деятельностью. Готовность к участию в каких-либо правоотношениях всегда существует на фоне состояния выбора. Состояние готовности – переменное, состояние выбора – постоянное. Необходимость выбирать – это вынужденное

состояние человека. В этом суть ограничений гражданской правоспособности и дееспособности.

Очевидно, что лицо не может быть полностью дееспособным, обладая ограниченной правоспособностью. Дело в том, что объем дееспособности должен определяться применительно ко всей совокупности прав и свобод, в принципе доступных человеку в данном обществе. Если гражданину в принципе не запрещено заниматься предпринимательской деятельностью, но в данный момент он не обладает юридической возможностью вступать в конкретные правоотношения, как непосредственно, так и через представителя, вряд ли правильным будет безусловное утверждение, что он правоспособен в сфере предпринимательства. Более точным будет утверждение, что его гражданская правоспособность ограничена в части права заниматься предпринимательской деятельностью. Гражданская правоспособность ограничена не путем изъятия из ее содержания такого права, как право заниматься предпринимательской деятельностью. Менее жесткое ограничение произведено путем установления условий, соблюдение которых необходимо, чтобы осуществить это право в полной мере. Если гражданину в принципе не запрещено совершать сделки, образующие предпринимательскую деятельность, но в данный момент он не обладает юридической возможностью их совершать, вряд ли правильным будет безусловное утверждение, что гражданин дееспособен в сфере предпринимательства. Более точным будет утверждение, что его гражданская дееспособность ограничена в части права совершать сделки, образующие предпринимательскую деятельность. Наряду с этим субъектом существует немало граждан, которые могут в любой момент проявить свою способность к сделкам, образующим предпринимательскую деятельность. Эти граждане выполнили условия, необходимые для обретения такой возможности. Ранее они ожидали свое четырнадцатилетие, чтобы свободно распорядиться заработком или осуществить авторские права, что также являлось условием обретения большей свободы в отношениях, регулируемых гражданским правом.

Если гражданину в принципе не запрещено заниматься многочисленными видами предпринимательской деятельности, в действительности он занимается некоторыми из них, например, продает в розницу бытовую технику, но в данный момент времени не обладает юридической возможностью вступать, как непосредственно, так и через представителя, в конкретные правоотношения, связанные с оказанием услуг перевозки пассажиров в качестве перевозчика, вряд ли правильным будет безусловное утверждение, что гражданин правоспособен в этой сфере предпринимательства. Более точным будет утверждение, что его гражданская правоспособность ограничена в части права заниматься перевозкой пассажиров. Гражданская правоспособность ограничена не путем изъятия из права на занятие предпринимательством возможности оказывать услуги перевозки. Менее жесткое ограничение произведено путем установления условий, соблюдение которых необходимо, чтобы реализовать эту возможность в полной мере. В данном случае, таким условием является получение лицензии. Если гражданину в принципе не запрещено заключение договоров перевозки пассажиров, но в данный момент он не обладает такой юридической возможностью, вряд ли правильным будет безусловное утверждение, что гражданин дееспособен в этой отдельно взятой сфере предпринимательства. Более точным будет утверждение, что его гражданская дееспособность ограничена в части заключения договоров перевозки²⁸. Наряду с этим субъектом существует граждане, которые могут в любой момент заключить договор перевозки. Эти граждане выполнили условия, необходимые для обретения такой возможности. Ранее они ожидали свое совершеннолетие,

²⁸ Свое содержание имеют не только правоспособность и дееспособность, но и образующие их права (возможности). Так, например, право заниматься предпринимательской деятельностью являясь элементом гражданской право- дееспособности имеет свое содержание в виде прав (возможностей), которые могут быть сгруппированы различными способами. Один вариант: возможность заключать договоры и совершать иные сделки; возможность создавать юридические лица; возможность быть собственником и субъектом иных вещных прав; возможность быть автором произведений науки, литературы, искусства, участвовать в отношениях интеллектуальной собственности в ином качестве и т.д. В другой классификации возможностей, образующих право на занятие предпринимательской деятельностью, учитывается направленность деятельности на совершение определенных хозяйственных операций: различные виды торговли; оказание разнообразных услуг; выполнение определенных работ и т.д. Ограничение право- дееспособности может заключаться в установлении условий для осуществления предпринимательской деятельности в целом (например, государственная регистрация гражданина в качестве предпринимателя). Но, часто ограничение право- дееспособности заключается в установлении специфических условий лишь для отдельных видов предпринимательской деятельности (например, лицензирование).

чтобы свободно распоряжаться имуществом, что также являлось условием обретения большей свободы в отношениях, регулируемых гражданским правом.

Состояние выбора должно иметь в качестве основы правоспособность, содержащую хотя бы ограниченные возможности участвовать в правоотношениях, ставших предметом выбора. Это не только гражданская правоспособность, но и иная отраслевая правоспособность. Выбор в какой-либо сфере общественных отношений не может быть сделан лицом абсолютно не правоспособным в этой сфере. Выбор предполагает активность субъекта и границы активного поведения, установленные достаточно четко. Гражданская правоспособность ограничена в том смысле, что человек не может стать участником конкретных общественных отношений без соблюдения определенных условий, но она у него имеется, поскольку человек все же обретает возможность становиться участником конкретных правоотношений, если соблюдает все необходимые условия. Гражданская правоспособность ограничена в том смысле, что человек не может совершить сделки, образующие предпринимательскую деятельность, но гражданская правоспособность у него имеется, поскольку человек все же способен действовать, выполнять условия, обеспечивать свое участие в конкретных правоотношениях (заказывать услуги, приобретать оборудование, вступать в саморегулируемые организации и т.д.).

На наш взгляд, законодательство и наука не в полной мере отражают все многообразие состояний человека. Наряду с двумя показанными выше состояниями (выбора и готовности к участию в правоотношениях) имеется еще одно – *состояние ожидания*. Дело в том, что гражданин не с момента рождения, а гораздо позднее приобретает возможность выбирать, формировать содержание своей правосубъектности. Долгое время после рождения гражданин не способен собственными действиями создавать для себя возможность участия в конкретных правоотношениях в сфере предпринимательства: регистрироваться в качестве предпринимателя, получать

лицензию, вступать в саморегулируемую организацию, получать согласие законных представителей на занятие предпринимательской деятельностью, обращаться с заявлением об эмансипации и т.д.

До четырнадцати лет человек находится в состоянии ожидания, обладая наименьшим объемом правоспособности в сфере предпринимательства и абсолютно не обладая дееспособностью в этой сфере²⁹. Правоспособность гражданина в этом состоянии подвергается наиболее сильному ограничению. На первый взгляд в содержании правоспособности гражданина полностью отсутствует право на занятие предпринимательской деятельностью: при любых обстоятельствах до четырнадцати лет гражданин не может приобрести конкретные субъективные права и обязанности в качестве предпринимателя (ни своими действиями, ни действиями законных представителей). До четырнадцати лет возраст является непреодолимым препятствием для человека. Он не способен ни приобретать конкретные субъективные права и обязанности, ни расширять свою право- дееспособность до пределов, достаточных для участия в конкретных правоотношениях в качестве предпринимателя.

²⁹ Полагаем, что действующее законодательство позволяет гражданину стать предпринимателем с четырнадцати лет. По нашему мнению, согласие родителей на осуществление ребенком предпринимательской деятельности (ст. 27 ГК РФ) является разновидностью их согласия на сделки (ст. 26 ГК РФ), поскольку осуществление предпринимательской деятельности – это не в последнюю очередь процесс совершения сделок. Особенность этого согласия в том, что оно обеспечивает гражданину необходимую для предпринимательства свободу действий в условиях ограниченной дееспособности. Этим согласием охватывается неопределенное количество сделок, необходимых для осуществления определенного вида деятельности (нескольких видов деятельности, любых видов деятельности, доступных несовершеннолетним). Это согласие на будущее время. О праве гражданина непосредственно вступать в гражданские правоотношения сказано применительно к гражданам, достигшим возраста четырнадцати лет (ст. 26 ГК РФ). До этого момента от имени гражданина действуют его законные представители, такой гражданин самостоятельно может совершать сделки, которые предпринимательскую деятельность не образуют (ст. 28 ГК РФ). Занятие предпринимательской деятельностью может быть условием последующей эмансипации (ст. 27 ГК РФ). Право заниматься предпринимательством может быть осуществлено гражданином до эмансипации, вне всякой связи с эмансипацией. Следует также заметить, что ст. 27 ГК РФ посвящена вопросам эмансипации, о предпринимательстве несовершеннолетних в этой статье сказано лишь как об одном из возможных условий эмансипации. Если эмансипация возможна с шестнадцати лет, то несовершеннолетний может заняться предпринимательством (или начать трудиться в качестве наемного работника) до шестнадцати лет. Ст. 27 ГК РФ ничего конкретного не сообщает нам о возрасте, в котором гражданин может заняться предпринимательской деятельностью. Ясно только одно, такой возможностью человек обладает и до шестнадцати лет. С нашей точки зрения, в значительной мере сомнения на этот счет развеяны Федеральным законом «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» (Собрание законодательства Российской Федерации. – 2001. – № 33 (Ч. 1). – Ст. 3431; 2003. – № 26. – Ст. 2565). Согласно ст. 22.1 этого Федерального закона с заявлением о государственной регистрации в качестве предпринимателя может обратиться также несовершеннолетний неземансипированный не состоящий в браке гражданин. В условиях, когда законодатель однозначно не определяет минимальный возраст для осуществления предпринимательской деятельности, следует определять этот возраст на основе существующих норм таким образом, чтобы свобода предпринимательства претерпевала минимальные ограничения.

Гражданин может только ожидать событие – достижение возраста. Но дело в том, что это ожидание имеет правовой характер. Оно основано на законе. Ожидание имеет четкие временные пределы. Человек может с точностью до секунды определить момент обретения им способности преодолевать препятствия, создавать юридическую основу для участия в правоотношениях в качестве предпринимателя. На чем основано такое состояние, такая уверенность? Без правоспособности, хотя бы и ограниченной, такое состояние невозможно. В содержании правоспособности советских граждан долгое время отсутствовал такой элемент как возможность заниматься предпринимательской деятельностью. Многие ожидали существенного изменения своего правового положения. Но, до того как в законодательство были внесены соответствующие поправки, мог ли кто-нибудь указать на момент возникновения у человека права действовать в качестве предпринимателя с такой же точностью, как это можно сделать сегодня применительно к любому малолетнему гражданину?³⁰

Нет сомнений, что правоспособность гражданина возникает в момент его рождения. Однако, слишком категоричным выглядит утверждение законодателя, что гражданская правоспособность признается в равной мере за всеми гражданами (ст. 17 ГК РФ). Да, в содержании правоспособности новорожденного мы найдем все элементы, о каких только можно говорить на основе действующего законодательства. Сам набор этих элементов не меняется со временем. Однако, некоторые возможности малолетнего пребывают в сильно ограниченном состоянии. Со временем, по мере взросления человека эти ограничения постепенно снимаются в силу событий (достижение определенного возраста) либо благодаря активному поведению самого человека. Поэтому, граждане различаются не только по содержанию дееспособности, но и по содержанию правоспособности. Содержание правоспособности определяется не только набором элементов, то есть

³⁰ Право осуществлять предпринимательскую деятельность – не единственная возможность, подвергаемая настолько сильным ограничениям, что остается как бы незаметной до определенного возраста человека. То же можно сказать о праве завещать. Но гражданин не обязан совершать какие-либо дополнительные действия, выполнять дополнительные условия, чтобы в определенный момент составить завещание. Здесь достаточно дожидаться события – стать совершеннолетним.

отдельных правовых возможностей, как поименованных, так и не названных в ст. 18 ГК РФ. Содержание правоспособности определяется еще и степенью ограничения этих возможностей, количеством препятствий, воздвигнутых законодателем на пути к конкретным правам и обязанностям³¹. Чем больше действий следует совершить гражданину, прежде чем он станет субъектом желаемых им гражданских правоотношений, тем меньшей по объему является его гражданская правоспособность. Чем больше времени необходимо для реализации лицом имеющейся у него правоспособности, тем меньше ее содержание. Отмеченная закономерность в полной мере проявляется при осуществлении лицом его дееспособности. Полагаем также, что специфика гражданской право- дееспособности в части, непосредственно связанной с предпринимательством, заключается в таком ее свойстве как саморазвитие, когда содержание правосубъектности в значительной мере зависит от воли субъекта, находящегося в состоянии выбора.

В состоянии ожидания гражданин оказывается не только в момент рождения, но и в результате более поздних ограничений его правоспособности и дееспособности, например: по приговору суда (ст. 199 УК РФ³²), по решению суда на основании ст. 29 и 30 ГК РФ, вследствие признания индивидуального предпринимателя банкротом (ст. 216 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»³³). По действующему законодательству психическое расстройство, злоупотребление алкогольными напитками и наркотическими средствами является основанием ограничения дееспособности

³¹ Правом на занятие предпринимательской деятельностью обладают и малолетние граждане, и граждане в возрасте от 14 до 18 лет, и совершеннолетние граждане, не зарегистрированные в качестве предпринимателей, и те граждане, государственная регистрация которых в качестве предпринимателей состоялась. В этом смысле их гражданская правоспособность одинакова. В содержании гражданской правоспособности каждого из них есть такой элемент, как право заниматься предпринимательством. Но, если одни граждане (зарегистрированные) на этом основании могут вступать в конкретные правоотношения в качестве предпринимателей, то другие в большей или меньшей степени отдалены от предпринимательской деятельности. В этом смысле граждане различаются по содержанию их правоспособности. Одна и та же возможность заниматься предпринимательской деятельностью как элемент гражданской правоспособности обеспечивает гражданам различные состояния: одни граждане могут заняться предпринимательской деятельностью в любой момент, другие - предварительно должны зарегистрироваться в качестве предпринимателей, третьи - вынуждены перед государственной регистрацией получать согласие законных представителей, или проходить процедуру эмансипации, или вступать в брак, а четвертым доступно лишь основанное на законе состояние ожидания.

³² Собрание законодательства Российской Федерации. – 1996. – № 25. – Ст. 2954.

³³ Собрание законодательства Российской Федерации. – 2002. – № 43. – Ст. 4190.

субъекта. Применительно к предпринимательской деятельности – это и существенное ограничение правоспособности субъекта, поскольку никто не вправе от его имени заниматься предпринимательской деятельностью, и сам он лишен такой возможности. Для такого гражданина отношения, связанные с осуществлением предпринимательской деятельности, оказываются недоступными до отмены установленных судом ограничений.

Определив состояние ожидания, состояние выбора и состояние готовности, в которых пребывает гражданин в различные периоды своей жизни, мы все еще далеки от того, чтобы в полной мере описать процесс формирования правосубъектности гражданина. Дело в том, что состояние выбора неодинаково у граждан различных возрастных категорий. В возрасте *от четырнадцати до шестнадцати лет* гражданин может собственными действиями сформировать тот объем право- дееспособности, который позволил бы ему заниматься предпринимательством. Но препятствия, которые потребуются преодолеть гражданину, слишком велики, чтобы оставить их без специального рассмотрения. В этом возрасте наиболее вероятным для гражданина является тот путь к предпринимательству, который предполагает получение согласия законных представителей. Препятствие в принципе преодолимое, но многое в данном случае зависит от законных представителей, а не только от воли самого несовершеннолетнего. В возрасте *от шестнадцати до восемнадцати лет* ограничения права на предпринимательскую деятельность сохраняются, но степень их заметно снижается. Во-первых, появляется возможность досрочно увеличить объем дееспособности через процедуру эмансипации. Эмансипация в меньшей степени зависит от позиции законных представителей. Предусмотрено право несовершеннолетнего на рассмотрение его заявления в судебном порядке (ст. 27 ГК РФ). Во-вторых, более вероятным, чем прежде, является увеличение объема дееспособности через вступление в брак. Конечно, и эмансипация, и вступление в брак не связаны с предпринимательством столь тесно как, например, обращение гражданина с заявлением о государственной регистрации в качестве

предпринимателя. Тем, не менее, в шестнадцать лет гражданин приобретает большую, чем прежде, возможность оказаться в правовых отношениях в качестве предпринимателя.

С проблемами, вызванными ограничением гражданской правоспособности и дееспособности в сфере предпринимательской деятельности, сталкиваются также юридические лица³⁴. Вышеизложенное о формировании правосубъектности гражданина-предпринимателя может быть использовано для характеристики правосубъектности юридических лиц, с учетом известных различий между физическими и юридическими лицами. Универсальная правоспособность коммерческих организаций не позволяет им стать участниками любых отношений в любой момент. Но они могут выбрать вид деятельности. Они, как и граждане-предприниматели, вынуждены постоянно формировать свою правосубъектность, ориентируясь на выбранную сферу предпринимательской деятельности. Обычно состояние готовности к участию в правовых отношениях свидетельствует об устранении юридическим лицом лишь некоторых ограничений своей правоспособности и дееспособности. Долгое время получение лицензии было наиболее ярким примером юридических фактов, влияющих на содержание правосубъектности организаций. Действующее законодательство позволяет обнаружить дополнительные подтверждения тому, что содержание правоспособности и дееспособности юридического лица меняется на протяжении всего времени его существования. Согласно ст. 2 Федерального закона «Об акционерных обществах» в редакции от 7 августа 2001 года³⁵, до оплаты 50 процентов акций общества, распределенных среди его учредителей, общество не вправе совершать сделки, не связанные с учреждением общества. Можно ли говорить о полной дееспособности такого юридического лица до оплаты 50 процентов акций? Она явно ограничена. Правоспособность находится также в

³⁴ Подробно см.: Пятков Д.В. Коммерческие организации: проблемы приобретения дееспособности // Российский юридический журнал. – 1998. – № 1. – С. 84–89.

³⁵ Об акционерных обществах: Федеральный закон от 26 декабря 1995г. // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1996. – № 1. – Ст. 1, № 25. – Ст. 2956; 1999. – № 22. – Ст. 2672; 2001. – № 33 (часть 1). – Ст. 3423.

ограниченном состоянии, поскольку сделки, не связанные с учреждением общества, не могут заключить ни само общество, ни какой-либо другой субъект от имени этого общества. Оплата 50 процентов акций – это еще один юридический факт, влияющий на правосубъектность юридического лица.

Подводя итог вышеизложенному, отметим, что процесс формирования правосубъектности предпринимателя – бесконечный даже применительно к отдельно взятому конкретному лицу. Как правило, этот процесс завершается лишь в расчете на определенную сферу деятельности, выбранную предпринимателем. Остается возможность для моделирования новой правосубъектности, соответствующей интересам лица на том или ином этапе его участия в гражданских правоотношениях.

1.3. Крестьянское (фермерское) хозяйство как коммерческий псевдоним граждан (Пятков Д.В.)³⁶

1. Однажды мне довелось наблюдать следующую картину: в третейский суд поступил иск о взыскании с индивидуального предпринимателя задолженности по договору поставки, но в самом договоре поставки в качестве покупателя был указан не просто индивидуальный предприниматель (условно назовем его В.И. Иванов), а глава крестьянского (фермерского) хозяйства³⁷. Возглавлял КФХ и единственным его членом был индивидуальный предприниматель В.И. Иванов, юридическим лицом КФХ не являлось. На мой вопрос: можно ли допускать расхождение между исковым заявлением и договором в части индивидуализации ответчика и покупателя-должника, было дано следующее объяснение: природа КФХ и его главы малопонятна, а в процессуальном законодательстве они и вовсе не упоминаются, поэтому ответчиком должно стать физическое лицо в качестве привычного всем индивидуального предпринимателя.

Признаюсь, я со своими возражениями в той ситуации не смог быть вполне убедительным, соблюдать единообразие в обозначении субъекта никто не собирался, но сомнений у меня меньше не стало: либо была допущена ошибка в выборе терминологии для обозначения ответчика, либо была необоснованно произведена замена субъекта. Попутно возник и такой вопрос: почему стороной в договоре поставки названо не КФХ, главой которого является В.И. Иванов, а сам В.И. Иванов, пускай и в качестве главы этого КФХ? Ведь согласно ст. 17 Федерального закона от 11 июня 2003 г. № 74-ФЗ «О крестьянском (фермерском) хозяйстве»³⁸ глава КФХ действует от имени этого КФХ. По неумолимой логике права при такой формулировке закона именно КФХ должно признаваться стороной в договоре, выступать истцом и ответчиком в суде. Надо заметить, что и в арбитражной практике в центре внимания в таких

³⁶ Статья впервые опубликована в журнале Законы России: опыт, анализ, практика. – 2016. – № 6. – С. 67–70.

³⁷ Далее – КФХ или фермерское хозяйство.

³⁸ Российская газета. – 2003. – 17 июня.

случаях, как правило, оказывается глава КФХ, а не само КФХ и не его члены. Глава КФХ становится эдаким «козлом отпущения», принимая на себя риски участия в судебных процедурах, ответственности, в то время как участвовать в принятии решений, в производственном процессе и распределении прибыли могут все члены КФХ. Эти сомнения и вопросы и заставили меня предпринять некоторые усилия, чтобы разобраться в феномене КФХ.

2. Если пренебречь оттенками в позициях авторов, писавших о КФХ, все многообразие мнений о правовом положении КФХ, созданных с 1995 г. без статуса юридического лица, можно свести к двум противоположным утверждениям:

1) КФХ признается особым субъектом гражданского права, отличным от физических и юридических лиц³⁹;

2) КФХ рассматривается как частный случай совместной деятельности нескольких физических лиц, объединившихся в простое товарищество⁴⁰. В обоих случаях исследователь должен испытывать серьезные затруднения.

Если признавать за КФХ правосубъектность, камнем преткновения становится не только доктрина гражданского права, но и правило п. 1 ст. 2 ГК РФ, которое заставляет любую правосубъектность относить к физическим лицам, юридическим лицам или публично-правовым образованиям. Законодательство прямо отказывается признавать исследуемые здесь КФХ юридическими лицами; как будто ничто в законодательстве не располагает и к

³⁹ См., например: Беляева З.С. Крестьянское (фермерское) хозяйство как субъект гражданского права // Субъекты гражданского права / Отв. ред. Т.Е. Абова. – М., 2005. – С. 85–94; Мельников Н.Н. Понятие крестьянского (фермерского) хозяйства // Журнал российского права. – 2007. – № 3. – С. 32–40; Тихомиров М.Ю. Индивидуальный предприниматель: правовое положение и виды деятельности. 3-е изд., доп. и изм. // СПС Консультант плюс. Последняя работа здесь не может быть оставлена без комментария. М.Ю. Тихомиров пишет о двух предпринимателях в единой коммерческой структуре. Один из них – глава КФХ, другой само – КФХ, обладающее своей собственной уникальной правосубъектностью: «Хозяйство как объединение граждан является чисто номинальным предпринимателем, своеобразной «вывеской»: оно имеет фирменное наименование, под которым осуществляется предпринимательская деятельность, банковские счета, печать...». Хорошо сказано – «вывеска», верно подмечено – «имеет фирменное наименование», только относить это наблюдение нужно к личности не КФХ, а его членов, чему и посвящена данная статья. Полагаю, что М.Ю. Тихомиров, заблуждаясь относительно собственной правосубъектности КФХ, оказывается ближе к пониманию сущности КФХ, нежели противники правосубъектности КФХ, не замечающие проблему индивидуализации субъекта и не касающиеся института фирменного наименования для описания деятельности членов КФХ.

⁴⁰ См., например: Комментарий к части первой ГК РФ для предпринимателей / Отв. ред. М.И. Брагинский. – М., 1995. – С. 258; Корнилова Н.В. Правовое положение крестьянского (фермерского) хозяйства // СПС Гарант; Сафин З.Ф. Новое в гражданско-правовом положении крестьянских (фермерских) хозяйств // Ученые записки Казанского университета. Сер. Гуманит. науки. – Казань, 2013. – С. 151–156.

тому, чтобы считать КФХ физическими лицами или публично-правовыми образованиями. Традиционный для современной российской цивилистики взгляд на субъекты гражданского права не позволяет задержать внимание ни на одном из них, когда мы имеем дело с КФХ.

Если рассматривать КФХ как частный случай совместной деятельности нескольких физических лиц, непреодолимым препятствием становится все содержание Федерального закона «О крестьянском (фермерском) хозяйстве», который изобилует словами и выражениям в единственном числе: фермерское хозяйство осуществляет предпринимательскую деятельность; фермерское хозяйство считается созданным со дня его государственной регистрации; имущество фермерского хозяйства; отвечает фермерское хозяйство; интересы фермерского хозяйства и т.п. Понимание КФХ как совместной деятельности трудно совместить с такими выражениями, от участников оборота требуется обычная для физических лиц индивидуализация: всякий раз необходимо при совершении сделок и других юридически значимых действий называть всех членов КФХ по фамилии, имени, отчеству, дополняя эту информацию иными сведениями о членах КФХ по мере необходимости. Деятельность главы коллективного КФХ ничем не должна бы отличаться от представительства: глава хозяйства, являясь членом КФХ и представителем других членов КФХ, действует и от их имени.

Оба взгляда на правовое положение КФХ весьма обременительны для юриспруденции и вряд ли способны облегчить правоприменительную практику. В одном случае необходимо существенно изменить систему субъектов гражданского права, в другом – неизбежна существенная корректировка законодательства о КФХ. Почему же богатейший арсенал гражданского права до сих пор не дал ощутимого эффекта: дискуссия сохраняется, а законодательство и практика его применения по-прежнему противоречивы?

3. ВАС РФ в определении 6 марта 2008 г. по делу № 68/08⁴¹ признал правомерным прекращение производства по делу о взыскании долга по иску к главе КФХ, поскольку на момент вынесения судом решения КФХ прекратило деятельность. ВАС РФ посчитал возможным провести аналогию между ликвидацией юридического лица и записью в Едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей о прекращении деятельности КФХ. Такое решение возможно только при условии четкого разграничения КФХ и лиц его создавших, даже если членом КФХ является один его глава. Другими словами ВАС РФ признал правосубъектность КФХ, отличную от правосубъектности его членов.

Между тем в практике арбитражных судов можно найти иные решения, принятые как до вышеназванного определения ВАС РФ, так и после. Например, в постановлении ФАС Северо-Кавказского округа от 20 ноября 2007 г. № Ф08-7059/07 по делу № А32-2542/2007-64/58⁴² отмечается: суд апелляционной инстанции пришел к правильному выводу о том, что прекращение деятельности КФХ не прекращает обязательств членов КФХ. Также и Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд, анализируя правило п. 3 ст. 1 Федерального закона «О крестьянском (фермерском) хозяйстве», в постановлении от 10 июня 2009 г. по делу № А32-5767/2007 сделал следующий вывод: из существа правовых отношений, связанных со статусом главы КФХ как индивидуального предпринимателя, вытекает, что правила о ликвидации юридического лица в данном случае неприменимы⁴³.

Отсутствие единообразия в судебной практике несколько не удивляет, оно неизбежно, если правовая основа КФХ подвижна, противоречива и пробельна. Из содержания ст. 23 ГК РФ в действующей редакции можно сделать вывод, что КФХ не подлежат регистрации. Это важное уточнение внесено в ст. 23 ГК

⁴¹ См.: <http://www.arbitr.ru/press-centr/smi/19048.html>

⁴² См.: http://www.fassko.arbitr.ru/praktika/sudebnie_akti_fas_sko/19097.html

⁴³ См.: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/5f38028d-ab46-4ab8-b6b5-9f88bef06561/A32-5767-2007_20090610_Postanovlenie%20apelljacionnoj%20instancii.pdf

РФ в 2012 г.⁴⁴ и как бы прекращает дискуссию о правосубъектности КФХ по действующему законодательству, способствуя сохранению известной трехчленной классификации лиц: физические, юридические и публично-правовые образования. При таких обстоятельствах ВАС РФ вряд ли провел бы аналогию между ликвидацией юридического лица и прекращением существования КФХ. Стало больше ясности в вопросе о правовом положении главы КФХ – он регистрируется в качестве индивидуального предпринимателя. Но так и остаются без ответа следующие вопросы: почему в качестве индивидуально предпринимателя регистрируется только глава КФХ, если производственной деятельностью с целью получения прибыли занимаются все члены КФХ; можно ли считать рядовых членов КФХ индивидуальными предпринимателями, хотя и незарегистрированными; следует ли сохранять привычную анонимность участия рядовых членов КФХ в правоотношениях, когда они закрыты личностью главы КФХ; надо ли приводить деятельность главы КФХ к виду обыкновенного представительства, характерного для совместной деятельности, когда бы члены КФХ не были сокрыты ни правосубъектностью КФХ, ни правосубъектностью главы КФХ, сообщая все свои имена контрагентам и прочим заинтересованным участникам гражданского оборота и любых других правоотношений?⁴⁵

4. Решению многих проблем КФХ может способствовать разработка общего учения о средствах индивидуализации субъектов и, в частности, более глубокая разработка учения о фирме, фирменном наименовании.

Физическое лицо сегодня не может осуществлять свою индивидуальную предпринимательскую деятельность под именем «Богатый урожай», или «Как за каменной стеной», или «Чародейка». Маловероятно, чтобы гражданское право, с его современным уровнем освоения его же собственных средств регулирования, согласилось с такими вариантами индивидуализации субъекта.

⁴⁴ Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации // СЗ РФ. – 2012. – № 53 (ч. 1). – Ст. 7627.

⁴⁵ О других современных проблемах применения законодательства о КФХ см., например: Зинченко С.А., Галов В.В. Три правовых статуса крестьянского (фермерского) хозяйства: достоинства, недостатки и способы их устранения // Законодательство. – 2014. – № 1. – С. 32–37.

Скорее всего, оно потребует от гражданина, чтобы он представлялся в гражданском обороте по всем правилам ст. 19 ГК РФ: по фамилии, имени, отчеству. На законодательстве о государственной регистрации индивидуальных предпринимателей и всей практике государственной регистрации отчетливо виден отпечаток этой статьи ГК РФ в ее самой ограничительной интерпретации. По какой-то причине в современном гражданском праве не принято говорить об аналогии между индивидуальными предпринимателями и юридическими лицами в том, что касается индивидуализации субъекта в гражданском обороте. Почему-то не стало общим местом в нашей юриспруденции знание о фирменном наименовании индивидуального предпринимателя. Потенциал ст. 23 ГК РФ, которая позволяет самое широкое применение института фирменного наименования, не реализован и просто остается незамеченным.

Могут ли сегодня несколько физических лиц участвовать в правовых отношениях под одним общим для них именем, не создавая юридическое лицо? В современной литературе по гражданскому праву такой вариант не рассматривается. Потому и во всем гражданском законодательстве не найти даже намек на такие возможности физических лиц. Впрочем, нет и запрета.

5. Предположим здесь, что КФХ являются исключением из общего правила об участии физических лиц в гражданском обороте под своими фамилиями, именами, отчествами. Исключительность КФХ санкционирована Федеральным законом «О крестьянском (фермерском) хозяйстве», когда говорится о деятельности фермерского хозяйства (п. 3 ст. 1), об имуществе фермерского хозяйства (ст. 6), имени фермерского хозяйства (ст. 17) и проч. Но эта их исключительность настолько велика, что плохо осознается в современной юриспруденции даже применительно к самим КФХ. Еще менее способна эта исключительность стать образом общего правила для всей сферы предпринимательской деятельности граждан без образования юридического лица.

Вот одно из упоминаний о КФХ, которое можно встретить в Едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей: крестьянское (фермерское) хозяйство, главой которого является Шепелин Евгений Владимирович. Проще говоря: КФХ Шепелина Е.В. В контексте вышеизложенного, слова эти есть необычное фирменное наименование обычного физического лица – индивидуального предпринимателя Шепелина Е.В. Если же он создал КФХ с участием других лиц, слова эти есть общее фирменное наименование не только самого Шепелина Е.В., но и всех, кто создал совместно с ним КФХ.

Последовательное развитие идеи о том, что индивидуализирующее обозначение КФХ есть фирменное наименование физических лиц, образующих это КФХ, привело бы признанию на законодательном уровне возможности избирать такие варианты наименований: КФХ «Морозовых», КФХ «Урожайное», КФХ «Роса», КФХ «Березка». Приведенные здесь примеры наименований КФХ взяты из Единого государственного реестра юридических лиц, они используются для индивидуализации КФХ, созданных в качестве юридических лиц. Однако, если допустить широкое применение института фирменного наименования, охватывающее всю сферу предпринимательства, осуществляемого без образования юридического лица, ничто не должно препятствовать использованию аналогичных вариантов индивидуализации физических лиц, создающих КФХ и не учреждающих при этом юридическое лицо. Конечно, необходимо подумать над тем, как отразить в наименовании КФХ наличие или отсутствие у него статуса юридического лица, чтобы можно было различать по наименованию виды КФХ.

6. Все изложенное о фирменном наименовании является всего лишь попыткой приложить к частному случаю хозяйственной практики универсальные правовые идеи, давно известные за рубежом. Существуют примеры аналогичных решений и в далеком прошлом нашего законодательства.

В первую очередь следовало бы обратить внимание на содержание разд. 3 кн. 1 Торгового уложения Германии⁴⁶. Весь раздел, который так и называется – «Фирменное наименование», насыщен решениями, немислимыми в современной отечественной цивилистике, но весьма подходящими для внятного объяснения феномена КФХ. В общедоступной электронной версии Уложения п. 1 § 18 о фирме (фирменном наименовании) индивидуального коммерсанта выглядит так: «Коммерсант, который ведет свое дело без другого участника или только с негласным участником, может иметь в качестве фирмы свою фамилию с по меньшей мере одним полностью написанным собственным именем»⁴⁷. Примечательно, что в книжном издании Торгового уложения Германии п. 1 § 18 написан совершенно иначе: «Фирменное наименование должно быть пригодным для обозначения коммерсанта и обладать различительной силой». Последующие правила также свидетельствуют об изменившемся решении вопроса о фирменном наименовании индивидуального коммерсанта в Германии. Книжное издание Торгового уложения Германии содержит новейшую редакцию документа и свидетельствует о состоявшемся существенном изменении в правовом регулировании. Вот и во «Введении к пониманию германского торгового и корпоративного права» В. Бергманн пишет: «Фирменное наименование и гражданское имя коммерсанта могут не совпадать»⁴⁸. Судя по всему, фирменное наименование может не только не совпадать с гражданским именем, но и отличаться от него по своей конструкции и внешнему виду, т.е. может вообще не подчиняться правилам об имени физического лица.

О том, что новое решение вопроса о фирменном наименовании (фирме) индивидуального коммерсанта не является сильным нарушением давней традиции, а скорее поддерживает ее, свидетельствует то обстоятельство, что и прежде в Уложении встречались правила, подобные п. 1 § 22: «Приобретший

⁴⁶ Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах. – М., 2009. – С. 35–41.

⁴⁷ <http://constitutions.ru/?p=1626>

⁴⁸ Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах. – М., 2009. – С. XII.

существующее торговое дело у живых владельцев или посмертно, может в интересах дела продолжать использовать прежнюю фирму с введением дополнения, указывающего на преемственность, или без него, если прежний владелец дела или его наследники однозначно соглашаются на продолжение действия фирмы»⁴⁹. Другими словами, индивидуальный коммерсант мог действовать под именем, которое явно не соответствовало его гражданскому имени. Отсюда рукой подать до полного отказа от обязательного использования в фирменном наименовании индивидуального коммерсанта элементов обычного имени физического лица.

Интересные комментарии к некоторым нормам Торгового уложения Германии дает Марио Цебулла. Отмечая, что по немецкому праву полные товарищества и товарищества на вере представляют особую форму простого товарищества, М. Цебулла пишет: хотя полное товарищество не является юридическим лицом, в качестве торгового товарищества оно все же приближено к юридическим лицам, оно может под своим фирменным наименованием приобретать права и брать на себя обязательства (в том числе приобретать собственность), быть истцом и ответчиком в суде⁵⁰. О товариществах на вере М. Цебулла сообщает следующее: «Данная форма товарищества возможна только тогда, когда участвующие лица хотят заниматься промысловой деятельностью под одним фирменным наименованием»⁵¹.

Таким образом, индивидуальный коммерсант в Германии:

имеет право на фирменное наименование;

его фирменное наименование может не совпадать с его гражданским именем;

несколько индивидуальных коммерсантов, объединяясь в товарищество и не создавая юридическое лицо, могут действовать под одним общим

⁴⁹ См.: <http://constitutions.ru/?p=1626>

⁵⁰ См.: Цебулла М. Немецкое хозяйственное право: Учебное пособие. – Красноярск, 2000. – С. 124.

⁵¹ Там же. – С. 124–125.

фирменным наименованием, которое, конечно, будет отличаться от их гражданских имен.

Если соотнести наблюдения за немецким правом с российской действительностью, можно сказать, что КФХ, образованное после 1995 г., т.е. не обладающее статусом юридического лица, является:

либо группой физических лиц, действующих в гражданском обороте и совместно осуществляющих предпринимательскую деятельность под общим фирменным наименованием (если КФХ создается несколькими физическими лицами);

либо индивидуальным предпринимателем, действующем под фирменным наименованием (если КФХ создается одним физическим лицом).

Что касается отечественного законодательства в его прошлом, то следует обратить внимание на Положение о фирме⁵², введенное в действие постановлением ЦИК СССР и СНК СССР от 22 июня 1927 г.⁵³. В п. 5 Положения о фирме закреплялось следующее правило: «Фирма предприятия, принадлежащего единоличному владельцу или нескольким лицам, не объединенным в товарищество с правами юридического лица, должна содержать указание предмета деятельности предприятия, а также фамилии владельцев и полностью или в инициалах их имена и отчества. Если совладельцев больше двух, то в фирме могут быть указаны фамилии двух совладельцев с добавлением слов: “и совладельцы”». Таким образом, при пятерых совладельцах предприятия трое из них могли участвовать в гражданском обороте под именем двух других, да и в любом случае индивидуализация физических лиц, объединившихся для совместной хозяйственной деятельности без образования юридического лица, отличалась от обычной индивидуализации физических лиц. Создается впечатление, что в 1927 г. мы смогли бы объяснить феномен современных КФХ гораздо лучше, чем теперь.

⁵² Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства СССР. – 1927. – № 40. – Ст. 395.

⁵³ Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства СССР. – 1927. – № 40. – Ст. 394.

7. Хочется надеяться, что когда-нибудь гражданское право признает все многообразие способов индивидуализации физических лиц в гражданских правоотношениях, а в нормах гражданского законодательства будет закреплено право на вымышленное специальное имя не только авторов произведений (псевдоним), но и индивидуальных предпринимателей (фирменное наименование).

Возвращаясь же к той ситуации, которая побудила провести настоящее исследование, можем заметить, что суд вполне правомерно рассмотрел дело по иску к индивидуальному предпринимателю, не особенно заботясь о совпадении наименований ответчика и покупателя-должника. Если проявить беспокойство в поиске убедительной аргументации такого решения, она может выглядеть следующим образом:

1) одно дело – различие в субъектах, другое дело – различие в способах индивидуализации одного и того же лица;

2) индивидуальный предприниматель Иванов В.И. и КФХ Иванова В.И. – одно и то же лицо, именуемое по-разному, но в полном соответствии с действующим законодательством;

3) истец был вправе указать в качестве ответчика индивидуального предпринимателя Иванова В.И., поскольку он был единственным членом КФХ, но мог назвать ответчика иначе: КФХ Иванова В.И. Одно только неправильно – указывать главу КФХ как сторону в договоре и ответчика, но и в этом случае будет иметь место не столько ошибка по существу дела, сколько существенная небрежность в оформлении сначала договора, а потом процессуальных документов.

1.4. О гражданской правосубъектности Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований (Пятков Д.В.)⁵⁴

«Работая в рамках исследовательской программы, мы можем впасть в отчаяние от слишком долгой серии «опровержений», прежде чем какие-то остроумные и, главное, удачные вспомогательные гипотезы, позволяющие увеличить эмпирическое содержание, не превратят – *задним числом* – череду поражений в историю громких побед. Это делается либо переоценкой некоторых «ложных фактов», либо введением новых вспомогательных гипотез» (И. Лакатос «Методология исследовательских программ»⁵⁵).

В юридической науке общепризнанно, что государство – субъект различных отраслей права. Теоретическое обоснование получило участие государства и в гражданских правоотношениях. При этом не подвергается сомнению то, что неотъемлемым признаком государства является публичная власть, а гражданско-правовое регулирование общественных отношений основано на признании равенства участников отношений (п. 1 ст. 1 ГК РФ). Участие государства в гражданских правоотношениях порождает трудноразрешимое противоречие: следует признать, что государство, вступая в гражданское правоотношение, утрачивает публичную власть либо сохраняет власть, но не использует ее. В первом случае государство лишается своего сущностного признака, перестает быть самим собой. Во втором случае наблюдается нарушение равенства участников гражданских правоотношений, поскольку другие субъекты гражданского права публичной властью не обладают. Тот факт, что государство не пользуется публичной властью, не означает отсутствие у него власти. Возникает так же вопрос: для чего государству публичная власть в гражданском правоотношении, если оно этой властью не должно пользоваться?

Возможны три способа устранения отмеченного противоречия:

⁵⁴ Статья впервые опубликована в Журнале российского права. – 1999. – № 10. – С. 74–83. В статье используется законодательство по состоянию на 1999 год.

⁵⁵ Вопросы философии. – 1995. – № 4. – С.136.

1) модифицировать теорию государства, отказавшись от публичной власти как неотъемлемого признака государства;

2) должным образом отразить в учении о гражданском правоотношении тот факт, что равенство участников гражданского оборота лишь презумпция, опровергаемая одним только вступлением государства в гражданское правоотношение;

3) найти замену государству как субъекту права, выражающему публичный интерес в гражданских правоотношениях. Этому способу следует отдать предпочтение. Он не колеблет устои ни государственного, ни гражданского права.

До тех пор, пока допускается соединение публичной власти и гражданской правоспособности посредством правосубъектности одного лица, будут сохраняться многие проблемы юридической квалификации правоотношений. Так, некоторые договоры об отчуждении или приобретении имущества с участием Российской Федерации и субъектов РФ относят к числу административных договоров на том основании, что стороной в таких договорах выступает публично-властный субъект. Предлагаются идеи комплексного правового регулирования, когда собственник имущества и участник правоотношений обладает публичной властью⁵⁶. При таком подходе существует опасность вытеснения гражданско-правового метода административно-правовой составляющей регулирования общественных отношений. Тезис о сохранении собственником (государством) публичной власти создает благоприятную почву для указанных конструкций, препятствует развитию учения о публичном договоре, которое было бы адекватно основам конституционного строя, принципу равного признания и равной защиты всех форм собственности (ст. 8 Конституции РФ).

В соответствии с Конституцией РФ государствами являются и Российская Федерация, и такие ее субъекты как республики (ст.ст. 1, 5). Юридическая

⁵⁶ См., например: Бахрах Д.Н., Демин А.В. Административный договор: вопросы теории // Российский юридический журнал. – 1995. – № 2 (6). – С.69–79; Бахрах Д.Н. Административное право: Учебник для вузов. – М.: Изд-во БЕК, 1996. – С.171–185.

природа остальных субъектов РФ в науке определяется по-разному. Однако никем не отрицается наличие публичной власти и у этих субъектов РФ. Публично-властное начало признается в деятельности муниципальных образований. Участники гражданских правоотношений, перечисленные в гл. 5 ГК РФ, имеют те же наименования, что и названные публично-властные организации. Субъекты права, именуемые, например, Российской Федерацией или Алтайским краем известны и конституционному праву, и гражданскому праву. Конституционный принцип равного признания и равной защиты всех форм собственности (ст. 8 Конституции РФ), основные начала гражданского законодательства позволяют усомниться в том, что совпадение наименований публично-властных организаций и некоторых субъектов гражданского права означает тождество этих лиц. Такие сомнения тем более обоснованы, что юридической науке уже известны случаи, когда имеет место совпадение наименований разных субъектов права. Например, Д.Н. Бахрах предлагает различать государственный орган и одноименное учреждение, созданное для обслуживания государственного органа. Вопреки распространенной точке зрения, Д.Н. Бахрах считает, что в качестве юридического лица государственный орган не выступает. Юридическим лицом и субъектом права оперативного управления является учреждение. Действующий под тем же названием государственный орган участвует в других (административных) правоотношениях⁵⁷.

В современной гражданско-правовой литературе, как и прежде, значительное место отводится понятию государства. При этом, некоторые авторы речь ведут не об одном субъекте права, а о группе самостоятельных лиц: Российской Федерации и субъектах РФ⁵⁸. Иногда в эту группу включаются

⁵⁷ См.: Бахрах Д.Н. Субъекты советского административного права // Субъекты советского административного права / Межвуз. сб. науч. тр.—Свердловск: Свердловский юрид. инст., 1985. — С.10–11. Ц.А. Ямпольская также проводила различие между органом государства и государственным учреждением (См.: Ямпольская Ц.А. Органы советского государственного управления в современный период. — М.: Изд-во Академ. наук СССР, 1954. — С. 31–32).

⁵⁸ См., например: Гражданское право: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов.-2-е изд., перераб. и доп. — М.: Изд-во БЕК, 1998. — Т.1. — С. 280.

и муниципальные образования⁵⁹. Говориться и об особом государстве-системе, которое в гражданских правоотношениях в качестве единого субъекта не участвует, но при этом включает в себя в качестве элементов государство-участника гражданских правоотношений (Российскую Федерацию), а также иные публично-правовые образования (субъектов РФ)⁶⁰. Термин «государство» используют и для обозначения только Российской Федерации⁶¹, и в качестве условного термина, применимого как по отношению к Российской Федерации, так и в отношении любого субъекта РФ⁶². При существующем разнообразии подходов к анализу гл. 5 ГК РФ, ученые считают, что в этой главе названы не какие-то особые лица, а уже известные субъекты конституционного права. Несмотря на то, что в основных статьях гл. 5 ГК РФ термин «государство» не используется, никто не сомневается, что в этой главе речь идет именно о государстве.

Признавая способность государства выступать не только в качестве властного субъекта, но и на равных началах с другими участниками общественных отношений, некоторые ученые предпринимают решительные попытки определить и зафиксировать границы проявлений различных свойств государства. У Л.П. Фоминой эти попытки имеют следствием предложение назвать «в законе конкретного субъекта («носителя») права собственности на государственные земли»⁶³. По мнению Л.П. Фоминой существует несколько вариантов решения вопроса о «носителе» права государственной собственности на землю. Автор не исключает и «определение в качестве субъекта права собственности на государственное имущество, на государственную землю в особенности, другого (конкретного) государственного органа»⁶⁴. Такой государственный орган может быть противопоставлен тем органам, через

⁵⁹ См.: Гражданская право: Учебник / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева.-М.: Изд-во ТЕИС, 1996. – Ч.1. – С. 152

⁶⁰ См.: Гражданское право: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во БЕК, 1998. – Т.1. – С.283

⁶¹ См.: Гражданское право: Учебник / Под общей ред. Т.И. Илларионовой, Б.М. Гонгало, В.А. Плетнева. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА• М, 1998. – Ч.1. – С.1 40.

⁶² См.: Гражданское право России: Курс лекций / Под ред. О.Н. Садикова. – М. Юри. лит., 1996. – С. 112.

⁶³ Фомина Л.П. Земельная реформа и государственная собственность на землю // Государство и право. – 1997. – № 8. – С. 57.

⁶⁴ Там же. – С. 56.

которые государство осуществляет свои властные функции, в том числе в сфере земельно-правовых отношений. В связи с этим Л.П. Фомина пишет следующее: «Необходимое предварительное условие определения правового статуса конкретного государственного органа в качестве «носителя» права собственности на государственные земли – это четкое разграничение в законодательстве различных модусов государства»⁶⁵.

Трудно согласиться с предложением Л.П. Фоминой предоставить какому-либо государственному органу, впрочем, как и любой другой организации, статус «носителя» права собственности на государственное имущество. Даже если вести речь о специально созданной и обособленной от государства организации-«носителе» права собственности, то непонятно, каким образом модус (статус, свойство) одного субъекта права (государства) получает выражение в правосубъектности другого лица (специальной организации). Кроме того, гражданскому праву не известна категория «носитель права собственности», как самостоятельная категория, не совпадающая с категорией «субъект права собственности».

Заслуживает поддержки стремление Л.П. Фоминой найти новое решение вопроса о правосубъектности собственника применительно к государственному имуществу. Однако было бы правильнее искать решение этого вопроса в другом направлении.

В соответствии со статьями 2 и 124 ГК РФ Российская Федерация, субъекты РФ и муниципальные образования могут участвовать в регулируемых гражданским законодательством отношениях на равных началах с гражданами и юридическими лицами. В приведенном кратком нормативном установлении воплощены три принципиальные идеи, имеющие первостепенное значение для характеристики Российской Федерации, субъектов РФ и муниципальных образований как субъектов гражданского права.

Во-первых, каждый субъект права, названный в ст. 124 ГК РФ, является самостоятельным субъектом гражданского права и конкретных гражданских

⁶⁵ Там же.

правоотношений. Эти лица не образуют какую-либо правосубъектную систему по гражданскому праву и действуют от собственного имени. Российская Федерация с юридической точки зрения в той же мере обособлена от субъектов РФ и муниципальных образований, в какой каждое из этих лиц обособлено от любого другого лица.

Во-вторых, Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования представляют собой вид субъектов гражданского права, наряду с гражданами и юридическими лицами. Этот вывод подтверждается только тем обстоятельством, что в подразделе «Лица» ГК РФ названным субъектам права, также как гражданам и юридическим лицам, посвящена специальная глава.

В-третьих, особенности субъектов права, названных в гл. 5 ГК РФ, не должны оказывать существенного влияния на правоотношения, возникающие с их участием.

Таковы некоторые исходные положения гражданского законодательства о Российской Федерации, субъектах РФ и муниципальных образованиях. Основополагающие юридические нормы об участии в гражданских правоотношениях Российской Федерации, субъектов РФ и муниципальных образований не оставляют места для проявления этими лицами публичной власти. Другими словами, ни один субъект гражданского права не обладает сущностным признаком государства. Если даже предположить, что государство вступает в гражданские правоотношения, то это вступление сопровождается утратой возможности проявлять публичную власть в таких отношениях. Власть, при отсутствии возможности ее проявить, означает безвластие. Тождество явлений (государство до вступления в гражданские правоотношения и после этого) нарушается.

В советской науке гражданского права получила широкое распространение концепция, согласно которой государство, участвуя в гражданских правоотношениях, добровольно отказывается от использования власти. Эта концепция была противопоставлена стремлению обосновать наличие властной гражданской правоспособности, с одной стороны, и

попыткам доказать бесполезность категории «гражданская правоспособность» для характеристики государства, с другой стороны. Верный вывод ученых об отсутствии властной гражданской правоспособности сегодня имеет все же иные основания. Пределы и формы хозяйственной активности хотя и закреплены в ГК РФ (акте государственной власти), но имеют конституционное происхождение. Именно Конституцией РФ установлено равенство всех форм собственности, а значит равенство собственников во владении, пользовании и распоряжении имуществом. К принятию Конституции РФ государство отношения не имеет, как не имеет отношения любая организация к принятию собственного учредительного акта⁶⁶. Самоограничение государства заменено ограничением со стороны общества. Это ограничение выражается не в том, что государство лишается каких-то возможностей в момент вступления в гражданские правоотношения, а в том, что оно в эти отношения не допускается, сохраняя за пределами гражданских правоотношений все свои признаки.

О самоограничении государства в части проявления своих властных полномочий можно говорить применительно к административным отношениям. Проявляется это самоограничение в известной тенденции к построению отношений координации, во внедрении в практику деятельности госаппарата договорных начал. Но, как бы далеко идущей ни была эта тенденция, государство власть не утрачивает. Отношение лица с государством остается его отношением с властью. Допустима смена тенденции без изменения отраслевого характера правоотношений. Другими словами, государство само в известных пределах решает, каким образом власть употребить.

Общие положения гражданского законодательства о лицах не позволяют вести речь о государстве как о субъекте гражданского права. В гражданских правоотношениях участвуют не Российская Федерация и субъекты РФ как публично-властные организации, не города, районы, села как организации, способствующие выражению власти народа. Субъектами гражданского права являются **одноименные** лица, обладающие гражданской правоспособностью.

⁶⁶ В отличие от предыдущих конституций, Конституция РФ принята всенародным голосованием.

Единство наименования различных субъектов права свидетельствует о тесной функционально-правовой связи организаций. Но это единство не означает тождества.

Лишь как недоразумение следует рассматривать содержание ст. 582 ГК РФ в соответствии с которой пожертвования могут делаться «...государству и другим субъектам гражданского права». В общих положениях ГК РФ государство не названо среди субъектов гражданского права (Подраздел 2 «Лица»). Единство терминологии в приведенной норме нарушено. Совершенно неясно: о каком из субъектов, названных в общих положениях ГК РФ, идет речь; зачем потребовалось особо выделять государство. То же следует сказать и о статьях 239 и 240 ГК РФ, в соответствии с которыми государство может приобрести право выкупа недвижимости и культурных ценностей. Упоминание о государстве как покупателе имущества во всяком случае не соответствует общей направленности ГК РФ на разграничение правосубъектности Российской Федерации, субъектов РФ и муниципальных образований. Термин «государство», который крайне редко встречается в ГК РФ, следует рассматривать в качестве технической ошибки законодателя, но не в качестве подтверждения гражданской правоспособности государства⁶⁷. Проблема не только в том, что указанный термин трудно соотнести с каким-либо субъектом гражданского права. Если исходить из того, что термином «государство» обозначаются те субъекты гражданского права, которые названы в гл. 5 ГК РФ, следует признать: право выкупа недвижимости и культурных ценностей может приобрести только Российская Федерация и республики. Другие субъекты РФ (не названные в Конституции РФ государствами), а также муниципальные образования такой возможности оказываются лишенными. Этот вывод будет единственно верным, если считать, что законодатель не ошибся, употребив термин «государство». В то же время такой вывод противоречит не только Конституции РФ, но и некоторым нормам ГК РФ. Например, в соответствии со

⁶⁷ Признание способности законодателя ошибаться влечет за собой и особый подход к оценке юридических норм. Безусловно, должна существовать презумпция истинности юридической нормы. Презумпция, но не аксиома. Такой подход к оценке юридических норм для автора настоящей статьи носит методологический характер.

ст. 239 ГК РФ с требованием об изъятии недвижимого имущества могут обратиться в суд и государственные органы, и органы местного самоуправления. Однако орган местного самоуправления не является органом какого-либо государства, т.е. единственного субъекта, способного приобрести право выкупа в соответствии со ст. 239 ГК РФ. Каким образом орган местного самоуправления может требовать выкупа, не будучи органом государства – остается загадкой.

Государство как субъект права всегда должно соответствовать своему понятию, всегда должно оставаться публично-властной организацией в обществе, политической организацией. Это возможно лишь за пределами гражданского оборота. Если такие участники гражданских правоотношений как Российская Федерация, ее субъекты, муниципальные образования не обладают публичной властью и не тождественны государству, государственным образованиям и прочим организациям, способствующим выражению власти народа, то какова их собственная правосубъектность и на чем она основана? Важно отметить, что государство – это результат осуществления народного (национального) суверенитета. Но осуществление этого суверенитета не ограничивается созданием государства. Ю.Г. Судницин считал, что национальный суверенитет «означает свободное волеизъявление нации в решении вопросов своей внутренней жизни и своих взаимоотношений с другими нациями, в том числе в реализации ее права на самостоятельное определение в приемлемых для нации государственных формах и общественно-политических институтах, обеспечивающих прогрессивное развитие нации»⁶⁸. Народный суверенитет определяется как право народа «распоряжаться своей судьбой, создавать по своему выбору такой общественный и государственный строй, какой пожелает»⁶⁹. Возникновение государства и государственного суверенитета не означает прекращение или преобразование национального (народного) суверенитета. Следовательно, государство с его суверенной

⁶⁸ Судницин Ю.Г. Соотношение национального суверенитета с государственным в социалистических государствах//50 лет Советского союзного государства / Сб. статей. – Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1973. – С. 70.

⁶⁹ Чиркин В.Е. Основы сравнительного государственоведения. – М.: Издательский дом «Артикул», 1997. – С. 77.

публичной властью в принципе не должно исключать иные формы выражения (обеспечения) национального и народного суверенитета. Роль государства в жизни нации (народа) в конечном счете зависит от того, каким образом реализован национальный (народный) суверенитет.

Существует множество концепций государства. Представляется наиболее приемлемым рассмотрение государства как союза, объединения людей, а не в качестве системы учреждений публичной власти, аппарата управления обществом. При этом с юридической точки зрения государство является правосубъектной организацией, участником различных правоотношений. Вне зависимости от числа людей, образующих государство, оно в правовом отношении участвует как один субъект (правосубъектная организация).

Правосубъектность такого союза людей – результат его персонификации⁷⁰. Но обществу нельзя навязывать единственную форму объединения его членов и единственный способ персонификации. Таких форм и способов может быть несколько. В сфере политической организацией членов общества является государство или другая **публично-властная организация**, в сфере хозяйственной, экономической – **хозяйственная публичная организация**. Законодательство позволяет группе одних и тех же лиц создать два и более юридических лица как одной, так и различных организационно-правовых форм. Не существует препятствий и для всего населения страны объединиться дважды, создав тем самым две производных личности, две правосубъектные организации.

Хозяйственные публичные организации созданы не государством, не действующими в обществе публично-властными организациями, а членами общества. Несмотря на то, что указанные организации (публично-властные и хозяйственные публичные) созданы членами одного и того же общества, результаты объединения людей различны, как различны цели объединения.

⁷⁰ Такой подход к описанию государства не является традиционным для отечественной юридической науки, в которой доминирует социологический подход (в марксистской интерпретации) к изучению государства. Представляется, однако, что наиболее удачное объяснение правосубъектности государства может быть дано с использованием таких категорий как «юридическое лицо в публичном праве», «юридическая фикция», «юридическая персонификация».

Четкое разграничение правосубъектности государства и хозяйственной публичной организации может рассматриваться как одно из проявлений народного (национального) суверенитета. Провозглашение в качестве основы конституционного строя равного признания и равной защиты всех форм собственности неминусом должно отразиться и на положении государства как участника общественных отношений. Осуществляя право собственности, государство не могло бы использовать публичную власть и ссылаться на свой суверенитет, поскольку ни того, ни другого нет у остальных собственников. Другими словами, государство не вправе быть самим собой в отношении собственности во всем их многообразии. Данное обстоятельство способствует юридическому, а затем организационному разграничению государства и хозяйственных публичных организаций.

Нормативное обособление хозяйственных публичных организаций от других юридических лиц является ошибочным. Не существует препятствий тому, чтобы отнести хозяйственные публичные организации к числу юридических лиц, что фактически сделано в результате распространения на Российскую Федерацию, субъектов РФ и муниципальные образования действия норм о юридических лицах (п. 2 ст. 124 ГК РФ). Принципиальных различий между организациями, названными в гл. 4 ГК РФ «Юридические лица», и лицами, перечисленными в гл. 5 ГК РФ не существует. В противном случае, в качестве общего правила, действие норм о юридических лицах не могло быть распространено на Российскую Федерацию, субъектов РФ и муниципальные образования.

Хозяйственная публичная организация – это не государство в гражданском правоотношении. Хозяйственная публичная организация – это юридическое лицо, участвующее в имущественных правоотношениях для создания благоприятных материально-организационных условий удовлетворения общественных интересов, достижения общепольных целей.

Важнейшим элементом гражданской правоспособности хозяйственных публичных организаций является способность иметь имущество на праве

собственности. Правовое регулирование отношений государственной и муниципальной собственности (определение их субъектов, объектов и содержания права собственности) производится в рамках гражданского права (статьи 209, 212, 214, 215 ГК РФ).

Принципиальное своеобразие хозяйственных публичных организаций по гражданскому праву современной России заключается в том, что они имеют качественно иную правоспособность по сравнению с Союзом ССР – центром правосубъектной системы, союзными республиками и т.п. Каждая хозяйственная публичная организация является субъектом права собственности, а не права оперативного управления или иного ограниченного вещного права. Это обстоятельство свидетельствует об утрате того объединяющего основания, которое прежде видели в единой государственной собственности, в Советском государстве как правосубъектной системе⁷¹. Можно сказать, что хозяйственные публичные организации являются самодостаточными в качестве участников имущественных отношений, не needing для такого участия в какой-либо другой юридической основе в дополнение к своему праву на имущество.

Следует отметить условность термина «государственная собственность». В контексте вышеизложенного этим термином обозначается имущество, принадлежащее не государству, а хозяйственным публичным организациям (Российской Федерации, субъектам РФ) и предназначенное для создания благоприятных материально-организационных условий удовлетворения общественного интереса, достижения общепольных целей.

Государственной собственности и собственности муниципальной соответствует общее понятие публичной собственности. Как обобщающие для государственной и муниципальной собственности термины «публичная собственность», «право публичной собственности», «публичное имущество»

⁷¹ См.: Брагинский М.И. Участие Советского государства в гражданских правоотношениях. – М.: Юрид. лит., 1981. – 192 с.

использует, например, Е.А. Суханов⁷². По мнению Г.В. Мищенко «было бы более логичным закрепить в законе только две формы собственности: частную и публичную»⁷³. Отличие права частной собственности от права публичной собственности предопределено объективно существующими различиями в характере присвоения⁷⁴. Однако такие различия не настолько велики, что бы их можно было выразить в принципиальных отличиях правосубъектности. Точнее, эти различия не требуют какой-то особой правосубъектности в случае с публичным присвоением. На конституционном уровне признано равенство форм собственности. Общественный интерес в имущественной сфере должен быть удовлетворен теми же путями и способами, что и частный интерес. Возможны лишь особенности (т.е. непринципиальные отличия) приобретения и прекращения права собственности на имущество, владения, пользования и распоряжения им (статья 212 ГК РФ). Примечательно, что и эта норма гражданского законодательства имеет нейтральный характер. Допуская особенности правового регулирования отношений собственности в зависимости от субъекта права собственности, норма не содержит каких-либо заранее установленных предпочтений. Более того, особенности в правовом регулировании могут быть выражены не обязательно в предпочтениях, но и в более жестком и контролируемом режиме владения, пользования и распоряжения имуществом.

Право публичной собственности – это право собственности хозяйственных публичных организаций, участников гражданских правоотношений. В термине «государственная собственность» не совсем адекватно выражен тот интерес, удовлетворению которого служит

⁷² См.: Суханов Е.А. Проблемы правового регулирования отношений публичной собственности и новый Гражданский кодекс // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика / Сборник памяти С.А. Хохлова / Отв. ред. А.Л. Маковский; Исследовательский центр частного права. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1998. – С. 205–227; Гражданское право: Учебник / Отв. ред. Проф. Е.А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во БЕК, 1998. – Т.1. – С. 556–577.

⁷³ Мищенко Г.В. Государственная собственность: экономическое содержание и юридическая форма // Новое российское законодательство и практика его применения / Материалы конференции. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 1997. – С. 86.

⁷⁴ См., например: Мищенко Г.В. Государственная и муниципальная собственность как публичная форма собственности // Правовой статус субъектов современной федерации: российский и зарубежный опыт (Республиканский научно-практический семинар. Барнаул, 27-28 сентября 1996г.) / Тезисы докладов. Барнаул, 1996. – С. 82–85.

осуществление права собственности хозяйственной публичной организацией. Прежде публичный интерес находил выражение преимущественно в правосубъектности государства как политической организации. Сегодня такую исключительность государства следует поставить под сомнение. Использование общего понятия публичной собственности позволит точно выразить назначение и принадлежность имущества, а также избежать искусственного противопоставления права собственности муниципальных образований и права собственности других хозяйственных публичных организаций.

Примечательно, что в настоящее время существование таких категорий, как «государственная собственность», «муниципальная собственность», впрочем, как и «публичная собственность», некоторыми авторами справедливо считается лишенным особого юридического значения⁷⁵. Прежде, в условиях командно-административной системы, виды и формы собственности различались не только по субъектам, но и по кругу объектов и по содержанию. Особое содержание государственной собственности сообщала личность собственника - государства. По мнению В.А. Дозорцева, в настоящее время следует признать, что «нет никакого права государственной собственности и права частной собственности в объективном смысле, как правовых категорий, различающихся по содержанию»⁷⁶.

Государство и сегодня обладает теми признаками, которые в прошлом позволяли выделять его среди прочих субъектов права. То обстоятельство, что специфика государства не оказывает влияния на право собственности может служить подтверждением ограничения сферы деятельности государства.

Создание единого института права собственности должно иметь прочное основание в равной правосубъектности собственников. Возникновение такого института сопряжено с появлением хозяйственных публичных организаций, как

⁷⁵ См., например, Дозорцев В.А. Принципиальные черты права собственности в Гражданском кодексе // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика/Сборник памяти С.А. Хохлова / Отв. ред. А.Л. Маковский; Исследовательский центр частного права. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1998. – С. 230.

⁷⁶ Там же. – С. 231.

субъектов, призванных выразить и защитить общественный интерес средствами, доступными всем участникам гражданского оборота.

Появление хозяйственных публичных организаций в качестве субъектов права, отличных от государства и прочих публично-властных организаций, должно учитываться при решении вопроса об иммунитете Российской Федерации и субъектов РФ, как участников внешнеэкономических отношений. В отечественном гражданском праве общепризнанно, что иммунитет государства основывается на том, что оно обладает суверенитетом. Рассматривая проблемы судебного иммунитета, иммунитета от предварительного обеспечения иска, иммунитета от исполнения решения, иммунитета собственности, М.М. Богуславский пишет: «Все эти иммунитеты связаны между собой, потому что их основа одна – суверенитет государства, который не позволяет применять в отношении государства какие-либо принудительные меры».⁷⁷ Приводит ли появление хозяйственных публичных организаций как участников гражданских правоотношений и собственников имущества к прекращению иммунитета в сфере внешнеэкономических отношений? Данная проблема заслуживает специального исследования. Здесь следует сказать: то обстоятельство, что хозяйственные публичные организации, в отличие от государства, не обладают публичной властью и суверенитетом, не обязательно должно означать отсутствие у них иммунитета, не обязательно должно приводить к прекращению иммунитета публичной собственности. Основанием иммунитета хозяйственных публичных организаций, а также иммунитета их собственности следует считать суверенитет не государства, а народный (национальный) суверенитет. Это утверждение является следствием того, что как появление государства, так и появление хозяйственных публичных организаций сопряжено с осуществлением народного (национального) суверенитета. Как и государство, хозяйственные публичные организации (субъекты гражданского права) являются результатом

⁷⁷ Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Междунар. отношения, 1994. – С. 153.

объединения членов общества. Деятельность этих хозяйственных организаций, как и деятельность государства, не в последнюю очередь служит гарантией национальной безопасности и независимости. В соответствии с этим, иммунитет хозяйственных публичных организаций (их собственности) возможен в пределах, необходимых для обеспечения избранного нацией (народом) образа жизни, угодного ей политического порядка, экономического, социального и культурного развития.

Хозяйственные публичные организации являются субъектами не только гражданского права. Но анализ иных проявлений их правосубъектности не может быть дан в рамках настоящей статьи. Следует лишь подчеркнуть, что и за пределами гражданского оборота хозяйственные публичные организации не имеют каких-либо властных полномочий. Хозяйственная публичная организация находится по отношению к государству в таком же положении, как и любая другая организация или гражданин. Например, обязательные платежи в бюджет не свидетельствуют о каком-то исключительном положении хозяйственной публичной организации в финансовой сфере. Столь же обязательные платежи из бюджета установлены и в пользу различных налогоплательщиков (например, граждан). Какие-либо принудительные меры (проявления публичной власти и суверенитета) могут предприниматься только государством. Другими словами, налоги платятся не государству, а хозяйственной публичной организации; платежи из бюджета производятся не государством, а соответствующей хозяйственной публичной организацией. Но и хозяйственная публичная организация, и налогоплательщик в одинаковой мере должны испытывать воздействие государственной власти. Отличие таких правоотношений от гражданских не столько в том, что их участники находятся в неравном положении друг к другу, сколько в том, что два участника любого такого правоотношения в одинаковой значительной мере подчинены третьему – государству или иной публично-властной организации общества (государственному или муниципальному образованию).

Несмотря на обособление гражданской правосубъектности от публичной власти сохраняется организационное единство хозяйственных публичных и публично-властных организаций. Управление этими организациями находится «в руках» одних и тех же лиц. Таков смысл ст. 125 ГК РФ, в соответствии с которой от имени Российской Федерации и субъектов РФ действуют органы государственной власти. Государственные органы – это органы государства, т.е. субъекта, не участвующего в гражданских правоотношениях. В управлении хозяйственной публичной организацией участвуют не столько государственные органы, сколько служащие некоторых таких органов, являющиеся одновременно служащими органов хозяйственной публичной организации. Наименования государственных органов и органов хозяйственных публичных организаций могут совпадать, но их статус, их компетенция различны. В связи с этим, Правительство РФ или глава администрации субъекта РФ являются государственными органами, принимая властно-политические решения. Однако одноименные (но не те же самые) органы имеют и другие субъекты права – хозяйственные публичные организации⁷⁸. Через эти органы хозяйственными публичными организациями принимаются решения иного рода, связанные с их участием в гражданских правоотношениях.

Тождество лиц, принимающих властные и хозяйственные решения, (люди, должностные лица различных органов) не означает тождество субъектов права, действующих через этих лиц. Основания, порядок принятия таких решений и существо принимаемых решений различны. Это различие обусловлено несовпадающей правосубъектностью государства и хозяйственной публичной организации. Кроме того, тождество лиц, принимающих решения, является, быть может, оптимальным, но **не единственным** вариантом организации управленческой деятельности.

⁷⁸ Система государственных органов и органов соответствующей хозяйственной публичной организации совпадают лишь частично. Очевидно, например, что у хозяйственных публичных организаций нет органов, по своему названию или только полномочиям, совпадающих с органами прокуратуры.

1.5. Предпринимательская и иная экономическая деятельность публично-правовых образований (Пятков Д.В.)⁷⁹

Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования (далее – публично-правовые образования) признаются субъектами гражданского права. Согласно ст. 124 Гражданского кодекса Российской Федерации⁸⁰ (далее по тексту – ГК РФ) публично-правовые образования, участвуют в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с другими лицами. Одним из видов таких отношений является предпринимательская деятельность. Значит ли это, что публично-правовые образования являются субъектами предпринимательской деятельности? Способны ли они к непосредственному, то есть через свои органы, осуществлению предпринимательской деятельности? Сомнения происходят от того, что различные виды субъектов гражданского права в различной мере правоспособны по отношению к предпринимательству, а некоторым из них вообще запрещено быть предпринимателями. Поэтому, признавая публично-правовые образования субъектами гражданского права мы не предпрещаем вопрос об их праве заниматься предпринимательской деятельностью. Вопрос этот в юридической литературе исследован мало. В учебниках по предпринимательскому праву иногда в качестве предпринимателей рассматриваются только граждане и юридические лица. Считается, что публично-правовые образования в принципе не могут быть предпринимателями, их правосубъектность не позволяет им выступать в таком качестве⁸¹. Некоторые авторы в своих высказываниях в принципе допускают непосредственную предпринимательскую деятельность публично-правовых

⁷⁹ Статья впервые опубликована в журнале Алтайский юридический вестник. – 2017. – № 1. – С. 137–141

⁸⁰ Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994. – № 32. – Ст. 3301; 2015. – № 10. – Ст. 1412.

⁸¹ Коммерческое право. В 2 ч.: Учебник / Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2002. – Ч. 1. – С. 104–107; Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. М.: Юристъ, 2003. – С. 129–132; Белых В.С Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: монография. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – С. 140–142; Российское предпринимательское право: учебник / Д.Г. Алексеева, Л.В. Андреева, В.К. Андреев [и др.]; отв. ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова. –М.: Проспект, 2010. – С. 131-134.

образований, но подробно на этом вопросе они почти никогда не останавливаются⁸².

Словосочетания «Российская Федерация как предприниматель» или «предпринимательская деятельность субъекта Российской Федерации» кажутся неуместным в современной юриспруденции. Между тем, сочетание слов «государство как купец» не только использовалось в литературе начала XX века, но даже включалось в заголовки соответствующих разделов учебников. Это обсуждали, об этом спорили, но считали вполне уместной саму постановку вопроса о государстве как купце. Г.Ф. Шершеневич в этой связи писал так: «Относительно юридических лиц возникает вопрос, может ли быть присвоено качество купца тем из них, которые носят публичный характер, как общины, государство»⁸³. Сам Г.Ф. Шершеневич не считал нужным признавать государство купцом, но из его высказываний следует, что немалое число специалистов того времени допускали купеческий статус государства применительно к железнодорожному, почтовому или питейному делу.

В настоящее время можно заметить нарастающий дуализм в гражданско-правовом регулировании общественных отношений. К давно существующим правилам, рассчитанным исключительно на предпринимателей, добавляются новые нормы, усиливающие специфику правового режим предпринимательской деятельности. Поэтому, признавая публично-правовые образования субъектами гражданского права, допуская их непосредственное участие в гражданских правоотношениях, следует ответить на вопрос: могут ли применяться к ним в соответствующих случаях гражданско-правовые нормы о предпринимателях или их деятельность всегда подчиняется специальным правилам, рассчитанным на бытовые отношения? От ответа на этот вопрос зависит, в частности: право сторон предусматривать в договорах возможность одностороннего отказа от обязательств или одностороннего их изменения (ст.

⁸² Лаптев В.В. Предпринимательское право: понятие, субъекты. – М.: Юристъ, 1997. – С. 40; Жилинский С.Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): Учебник для вузов. 3-е изд., изм. и доп. – М. Норма, 2001. – С. 270–275; Беляева О.А. Предпринимательское право: Учебное пособие. 2-е изд., исправ., и доп. / Под ред. В.Б. Ляндреса. – М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2009. – С. 13–20.

⁸³ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I: Введение. Торговые деятели. – М.: Статут, 2003. – С. 149–150.

310 ГК РФ); право должника исполнять обязательство досрочно (ст. 315 ГК РФ); действительность условия договора о начислении процентов на проценты (ст. 317.1 ГК РФ); применение специальных правил об уменьшении неустойки (ст. 333 ГК РФ); выбор между виновной и безвиновной ответственностью за нарушение обязательств (ст. 401 ГК РФ). Перечень примеров, свидетельствующих о том, что вопрос здесь поставлен отнюдь не праздный, мог бы оказаться весьма обширным. Но и приведенных норм достаточно, чтобы отнестись к нему со всей серьезностью.

На публично-правовые образования распространено действие норм о юридических лицах (ст. 124 ГК РФ). Подразумеваются общие положения о юридических лицах и специальные нормы о некоммерческих организациях, поскольку извлечение прибыли не может быть признано основной целью существования публично-правовых образований. За редким исключением, некоммерческие организации вправе осуществлять предпринимательскую деятельность при условии, что эта деятельность служит достижению целей их создания и соответствует этим целям (п. 4 ст. 50 ГК РФ). Таким образом, можно предположить, что гражданская правосубъектность публично-правовых образований не исключает их участие в правоотношениях в качестве предпринимателей: они способны к занятию предпринимательской деятельностью, то есть самостоятельной, осуществляемой на свой риск деятельностью, направленной на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ, или оказания услуг.

Но этот взгляд исключительно с гражданско-правовых позиций приходится существенно корректировать ввиду ограничительного воздействия со стороны публичного права на любую экономическую деятельность. Так, согласно п. 3 ст. 15 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»⁸⁴ запрещается совмещение функций органов власти и функций хозяйствующих субъектов. Эта же норма содержалась и в п. 3 ст. 7

⁸⁴ Собрание законодательства Российской Федерации. – 2006. – № 31 (Ч. 1). – Ст. 3434.

Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»⁸⁵. В Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 1 октября 1998 г. № 168-О по запросу Администрации Московской области данная норма приводится в качестве примера развития в текущем законодательстве конституционного положения (ч. 1 ст. 34 Конституции РФ) о невозможности совмещения властной деятельности в сфере государственного и муниципального управления и предпринимательской деятельности⁸⁶. Все же, законодательство о конкуренции не исключает в полной мере возможность предпринимательской деятельности публично-образований. Дело в том, что п. 3 ст. 15 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» завершается словами: «за исключением случаев, установленных федеральными законами, указами Президента Российской Федерации, постановлениями Правительства Российской Федерации».

Выступают ли на практике публично-правовые образования в качестве предпринимателей? Каким образом публично-правовые образования реализуют свои очень ограниченные правовые возможности в сфере предпринимательства? Обычно, в российской практике публично-правовые образования для осуществления предпринимательской деятельности создают юридические лица в различных организационно-правовых формах. В отдельных случаях, имущество, которое могло бы использоваться в качестве основы для предпринимательской деятельности самого публично-правового образования, передается в доверительное управление. В качестве предпринимателей будут выступать соответственно созданные юридические лица, доверительные управляющие. В связи с этим представляет интерес предпринимательская деятельность публично-правовых образований за рубежом. Например, в Италии долгое время (до реформы государственного

⁸⁵ Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. – 1991. – № 16. – Ст. 499; Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. – 1992. – № 32. – Ст. 1882, № 34. – Ст. 1966; СЗ РФ. – 1995. – № 22. – Ст. 1977; 1998. – № 19. – Ст. 2066; 2000. – № 2. – Ст. 124; 2002. – № 1 (Ч. 1). – Ст. 2; Российская газета. – 2002. – 26 марта, 12 октября.

⁸⁶ Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. – 1999. – № 1. – С. 6.

управления и приватизации в 90-х годах XX века) в таких областях как государственные железные дороги, почта, телеграф, национальные автострады и др. действовали государственные предприятия, не имеющие статуса юридического лица. Их бюджет утверждался в рамках государственного бюджета. Во главе таких предприятий стояли соответствующие министры⁸⁷. На основе этого описания отношений по управлению публичным имуществом с большой долей уверенности можно утверждать, что в таких случаях Италия непосредственно как публично-правовое образование осуществляло предпринимательскую деятельность в перечисленных сферах экономики. В Германии на уровне коммун большинство созданных предприятий не обладают статусом юридического лица. Для федерального центра и федеральных земель такая ситуация допустима, но является исключением⁸⁸. Если предприятие не обладает статусом юридического лица и принадлежит коммуне, федеральной земле или федеральному центру, очень вероятно, что субъектами соответствующей предпринимательской деятельности являются непосредственно коммуна, федеральная земля или федеральный центр.

Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования также занимаются предпринимательской деятельностью. Пожалуй, наиболее ярким примером предпринимательства этих лиц является передача в аренду казенного государственного и муниципального имущества (земельные участки, здания и сооружения, помещения и т.д.). В таких случаях публично-правовые образования непосредственно (например, через свои уполномоченные органы по управлению имуществом) выступают в качестве арендодателей. Вот как может начинаться преамбула соответствующего договора аренды, написанная лучшим образом с точки зрения юридической техники (формулировка слегка изменена по сравнению с оригиналом): «Российская Федерация в лице руководителя Территориального управления Федерального агентства по

⁸⁷ Альдо Трави. Участие государства в коммерческой деятельности предприятий // Участие государства в коммерческой деятельности. – М.: Юристъ, 2001. – С. 152.

⁸⁸ Гельмут Лешлер. Критерии, сферы и формы государственной экономической деятельности на уровне федерального центра и федеральных земель в Германии // Участие государства в коммерческой деятельности. – М.: Юристъ, 2001. – С. 130–131.

управлению государственным имуществом в Алтайском крае..., именуемая в дальнейшем «Арендодатель»...». А вот менее удачный пример формулировки в похожей ситуации: «Администрация Ребрихинского района Алтайского края..., именуемая в дальнейшем «Арендодатель», в лице главы района...». Во втором случае, очевидно, на первое место следовало поставить сам муниципальный район как субъект права, а не его орган. Такая деятельность публично-правовых образований соответствует понятию предпринимательства:

- самостоятельная деятельность. Публично-правовые образования признаются субъектами гражданского права, их самостоятельность презюмируется (п. 1 ст. 2 ГК РФ);

- связана с риском. Собственник всегда рискует, передавая свое имущество во владение и пользование другому лицу: вещь может быть повреждена, уничтожена, могут возникнуть проблемы с ее возвратом и проч. Кроме того, существует риск неполучения платы за пользование имуществом вследствие банкротства арендатора или по другим причинам;

- направлена на систематическое извлечение прибыли. Доходы от аренды государственного и муниципального имущества рассматриваются как один из плановых источников пополнения соответствующего бюджета;

- осуществляется на профессиональной основе. В органах по управлению публичным имуществом существуют даже специальные отделы аренды с необходимым материальным обеспечением их деятельности, постоянно осуществляется контроль за использованием переданного в аренду имущества, используются иные формы работы с действительными и потенциальными арендаторами. Профессионализм не всеми специалистами рассматривается в качестве признака предпринимательской деятельности. То же самое касается и государственной регистрации, которую некоторые авторы скорее склонны считать условием осуществления предпринимательской деятельности, нежели признаком⁸⁹. Говорить о государственной регистрации как условии

⁸⁹ Беляева О.А. Предпринимательское право: Учебное пособие. 2-е изд., исправ., и доп. / Под ред. В.Б. Ляндреса. – М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2009. – С. 1–3.

применительно к публично-правовым образованиям не приходится, хотя бы потому, что они ей не подлежат в обычном для других лиц порядке.

Есть основания ставить вопрос о предпринимательском характере деятельности публично-правовых образований в сфере пользования природными ресурсами, например при предоставлении недр для добычи полезных ископаемых. При всей специфике правового регулирования этих отношений, можно обнаружить договорные элементы в отношениях недропользования⁹⁰. Без каких-либо сомнений договор следует рассматривать в качестве основания возникновения отношений недропользования по Федеральному закону от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции»⁹¹. Правовая природа договоров в этой сфере требует специального анализа, но применение к соответствующим отношениям гражданско-правовых норм не исключается даже Федеральным законом от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции».

Мы не настаиваем на том, что отношения в сфере платного использования природных ресурсов, в той мере, в какой к ним применимо гражданское законодательство, должны регулироваться также, как и любая иная предпринимательская деятельность. Но в самом общем плане заметно, что это пример предоставления одним лицом другим лицам своего имущества за плату. Это профессионально осуществляемая деятельность, направленная на систематическое получение дохода. Это самостоятельная деятельность, которая сопряжена с определенным риском для собственника природных ресурсов.

От предпринимательской деятельности публично-правовых образований следует отличать иные виды их экономической деятельности. В некоторых случаях публично-правовое образование, осуществляя такую экономическую деятельность, может получать доход. Примером экономической, но не предпринимательской деятельности является приватизация государственного и муниципального имущества. В самом общем плане приватизация

⁹⁰ Пятков Д.В. Акты государственных органов и органов местного самоуправления как основание возникновения гражданских правоотношений // Государство и право. – 2004. – № 8. – С. 50–56.

⁹¹ Собрание законодательства Российской Федерации. – 1996. – № 1. – Ст. 18.

рассматривается как один из методов государственного регулирования экономики⁹². Это в полной мере относится и к такому способу приватизации как создание акционерных обществ с участием публично-правовых образований.

В некоторых случаях приватизация является вынужденной деятельностью для публично-правового образования в силу нормативных предписаний. Так, например, в соответствии с п. 5 ст. 50 Федеральным законом от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»⁹³, в случаях возникновения у муниципальных образований права собственности на имущество, не предназначенное для осуществления определенных Законом функций и не относящееся к видам имущества, перечисленным в Законе, это имущество подлежит репрофилированию или отчуждению. Принудительный характер особенно сильно отличает такую приватизацию от предпринимательства.

Все же надо заметить, что оценка приватизации как вида экономической деятельности (предпринимательство или нет) осложнена тем обстоятельством, что в кризисные времена приватизацию начинают обсуждать как источник планируемых бюджетных доходов⁹⁴. По-видимому, следует дифференцированно подходить к оценке приватизации, допуская, что по отдельным направлениям приватизационные процессы могут протекать в режиме предпринимательской деятельности публично-правовых образований. Если же взгляд на предпринимательство вовсе изменится, внимание ученых и законодателя сместится с ее прибыльности на профессионализм субъектов, – что обсуждать здесь не представляется возможным, – квалификация приватизации как вида предпринимательской деятельности публично-правовых образований станет особенно справедливой.

Подвести итог исследованию экономической деятельности публично-правовых образований можно таким образом:

⁹² Коммерческое право. В 2 ч.: Учебник / Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2002. – Ч. 1. – С. 502.

⁹³ Собрание законодательства Российской Федерации. – 2003. – № 40. – 3822.

⁹⁴ Куликов С. Банки отложат на потом // <https://rg.ru/2016/05/29/v-plan-privatizacii-dobavili-bashneft.html>

- с юридической точки зрения публично-правовые образования являются лицами, наименее способными к предпринимательской деятельности;

- как правило, вместо публично-правовых образований предпринимательскую деятельность осуществляют от своего имени созданные ими акционерные общества или унитарные предприятия;

- правосубъектность публично-правовых образований позволяет им непосредственно осуществлять предпринимательскую деятельность в порядке исключения, только в случае прямого дозволения со стороны законодателя. Даже некоммерческие организации чувствуют себя свободней в качестве предпринимателей: они вправе осуществлять предпринимательскую деятельность постольку, поскольку это соответствует целям их создания и служит достижению этих целей;

- примеров прямого законодательного дозволения публично-правовым образованиям осуществлять предпринимательскую деятельность от своего имени немного, это не характерно для нашего права. Но существуют правоотношения, которые сложно оценить с уверенностью и однозначно как связанные или не связанные с предпринимательской деятельностью их субъектов. Добиваясь ясности в этих вопросах можно существенно увеличить количество примеров непосредственной предпринимательской деятельности публично-правовых образований, то есть такой деятельности, которую публично-правовые образования осуществляют через свои органы.

1.6. Публично-правовое образование как субъект ответственности при возмещении судебных расходов (Пятков Д.В.)⁹⁵

1. Одним из существенных недостатков российской системы права является разобщенность гражданского права и процессуальных отраслей в части терминологии, используемой для обозначения субъектов правоотношений. Совсем неодинаково решается вопрос об участии в правоотношениях публично-правовых образований. Можно сказать, что процессуальные отрасли вообще не знакомы с этим понятием, они как будто не знают такой вид лиц, придавая гипертрофированное значение государственным органам и органам местного самоуправления, ложно представляя их как самостоятельных участников правоотношений.

Наиболее заметно это заблуждение в нормах Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации (далее – КАС РФ)⁹⁶ и в практике их применения. КАС РФ вынуждает правоприменителя неверно определять ответчика, затем и субъекта ответственности за причиненный вред в виде судебных расходов.

Гражданское законодательство вполне располагает к тому, чтобы считать Российскую Федерацию, субъект РФ или муниципальное образование стороной договора, например арендодателем, должником или кредитором. На практике можно видеть договоры, написанные таким образом. Но почему-то нормы КАС РФ исключают вероятность того, что нормативный правовой акт может быть принят Российской Федерацией, субъектом РФ или муниципальным образованием. Из норм КАС РФ невозможно сделать вывод, что Российская Федерация, субъект РФ или муниципальное образование способны быть стороной в споре, ответчиком по делу о признании нормативного правового акта недействующим. Соответственно, они не могут быть привлечены и к

⁹⁵ Статья впервые опубликована в сборнике Современные проблемы частноправового регулирования. – Ижевск, 2019. – С. 113–121

⁹⁶ Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ. URL: <http://docs.cntd.ru/document/420258009> (дата обращения 11.12.2018).

возмещению судебных расходов административного истца. КАС РФ все внимание сосредоточивает на органах публично-правовых образований. Здесь могло сказаться влияние других отраслей права, в частности административного, где также без внимания остается разграничение публично-правовых образований и органов, их соотношение не показано и не исследуется должным образом, за редкими исключениями⁹⁷.

Полагаем, что между отраслями материального и процессуального права не должно быть разногласий по вопросу о понятии субъекта. Также и представление о видах субъектов в процессуальном праве не должно вступать в противоречие с классификацией субъектов в материальном праве. Предположим, что и в материальном праве разные отрасли не могут давать сколько-нибудь разное решение вопроса о публично-правовых образованиях и их органах. Существуют ли в юриспруденции достаточные основания думать, что в принятии нормативного правового акта, в совершении сделки, в причинении вреда правосубъектность публично-правовых образований будет проявляться принципиально по-разному, что в одних случаях субъектом действий и отношений следует считать публично-правовое образование, а в других – его органы? Мы о таких основаниях не знаем.

2. В отечественном гражданском праве публично-правовые образования признаются особыми субъектами наряду с физическими и юридическими лицами. В целом, это разграничение последовательно проводится в Гражданском кодексе Российской Федерации⁹⁸ (далее – ГК РФ) и других нормативных правовых актах. С другой стороны, законодатель довольно четко разграничивает публично-правовые образования и их органы. В этой части состояние гражданского законодательства заметно улучшилось в 2014 году,

⁹⁷ См, например: Розин Л.М. Советское государство как субъект административно-правовых отношений // Субъекты советского административного права / Межвуз. сб. науч. тр. – Свердловск: Свердловский юрид. инст., 1985. – С. 20–26. Из современных авторов Ю.В. Соболева, например, пишет так: «определение субъекта административного права будет неполным, если включить в него только физических лиц и организации. Необходимо учесть еще и «социальные общности», которые также могут выступать субъектами административного права (государство, субъекты РФ, муниципальные образования, население и т.д.)» (Соболева Ю.В. Вестник Саратовской государственной юридической академии. – № 4. – 2015. – С. 191–192).

⁹⁸ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ. URL: <http://docs.cntd.ru/document/9027690> (дата обращения 11.12.2018).

когда в ст. 66 ГК РФ было закреплено дозволение публично-правовым образованиям участвовать в хозяйственных обществах, с одновременным запретом государственным органам и органам местного самоуправления совершать такие действия от своего имени⁹⁹. И прежде следовало считать, что если учреждается хозяйственное общество при участии государственного или муниципального органа, то учредителем является само публично-правовое образование, а не его орган. Но умолчание о публично-правовых образованиях в ст. 66 ГК РФ в ее первоначальной редакции порождало разногласия среди специалистов как в теории, так и на практике.

Упоминание о действиях органов публично-правовых образований в гражданском законодательстве имеет скорее технический характер, в том смысле, что органы показаны как способ деятельности публично-правовых образований, которые оказываются в центре внимания законодателя и главными действующими лицами. Согласно ст. 125 ГК РФ от имени публично-правовых образований могут своими действиями приобретать и осуществлять права и обязанности, выступать в суде органы государственной власти и органы местного самоуправления. Здесь говорится как будто об органах публично-правовых образований, но главным действующим лицом и участником правоотношений показаны именно публично-правовые образования: от их имени совершаются действия. Для построения этой нормы следовало использовать в качестве образца ст. 53 ГК РФ: юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности через свои органы. Чем лучше эта формулировка? Во-первых, более отчетливо показано юридическое лицо как субъект отношений: оно совершает действие, а не от его имени совершается действие. Во-вторых, ничто в этой норме не позволяет подумать об органах как о действующих лицах, сколько-нибудь самостоятельных участниках гражданского оборота. В этой связи ст. 125 ГК РФ могла бы выглядеть так: публично-правовые образования приобретают и

⁹⁹ См.: п. 24 ст. 1 Федерального закона «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» от 5 мая 2014 № 99-ФЗ. URL: [http:// docs.cntd.ru/document/499093552](http://docs.cntd.ru/document/499093552) (дата обращения 11.12.2018).

осуществляют права и обязанности, выступают в суде через свои органы. Унификация в построении норм о юридических лицах и публично-правовых образованиях оправдана хотя бы уже тем, что публично-правовые образования долгое время в России относились, а за рубежом и по сей день относятся, к разряду юридических лиц. Действующее российское законодательство уравнивает эти субъекты, распространяя на публично-правовые образования нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством (ст. 124 ГК РФ).

Собственная правосубъектность государственных органов и органов местного самоуправления, их способность действовать от своего имени законодателя почти не интересует. Это верный подход для гражданского права, особенно если учесть, что некоторые ученые не без оснований отказывают органам публично-правовых образований в какой бы то ни было гражданской правосубъектности. Д.Н. Бахрах об этом пишет так: «Осуществляет оперативное управление имуществом и имеет права юридического лица не орган управления, а одноименное учреждение»¹⁰⁰. Отсюда следует, что орган публично-правового образования в отношениях с прочими лицами всегда будет представлять все публично-правовое образование, и только от его имени может действовать. Действует государственный орган или орган местного самоуправления – действует публично-правовое образование; действует публично-правовое образование – действует через государственный орган или орган местного самоуправления. Когда какая-либо организация действует от своего имени, то она не может считаться органом публично-правового образования, а только обслуживающим органом юридическим лицом. Как ни странно, но при таком подходе получается, что, например, есть два Минфина РФ: один из них – государственный орган, распоряжающийся финансами всей Российской Федерации от ее имени, другой – юридическое лицо, обслуживающее одноименный государственный орган и распоряжающееся с

¹⁰⁰ Бахрах Д.Н. Субъекты советского административного права // Субъекты советского административного права / Межвуз. сб. науч. тр. – Свердловск: Свердловский юрид. инст., 1985. – С. 10–11.

этой целью находящимися в его оперативном управлении денежными средствами от своего имени.

Личность публично-правовых образований, а не их органов, выводится на первый план и в вопросах гражданско-правовой ответственности: публично-правовые образования отвечают по своим обязательствам, принадлежащим им на праве собственности имуществом (ст. 126 ГК РФ). Столь же закономерным является правило ст. 1069 ГК РФ: вред, причиненный в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления либо должностных лиц этих органов, подлежит возмещению за счет соответственно казны Российской Федерации, казны субъекта Российской Федерации или казны муниципального образования. Впрочем, есть в этой норме слабое место: как и в ст. 125 ГК РФ органы публично-правовых образований чрезмерно выдвинуты на первый план, оспаривая у самих публично-правовых образований статус субъекта. Было бы правильно написать, что за счет казны возмещается вред, причиненный самим публично-правовым образованием, действующим через свои органы. На первый взгляд – поправка незначительная, но, как будет показано ниже, пренебрежение даже столь мелкими деталями пагубно сказывается на законодательстве, нарастая как снежный ком может приводить существенному отклонению в сторону от правильных решений.

Логика гражданского права такова: кто субъект права – тот участвует в правоотношениях – способен быть правонарушителем – обязан возместить вред и несет имущественную ответственность. Надо полагать, что такова логика не только гражданского права, а любой отрасли. Российская Федерация за счет своего бюджета должна возмещать вред (гражданское право), потому что именно Российская Федерация его причинила незаконным административным или нормативным актом (публичное право). Разумеется, в обоих случаях она действует через свои органы, как правило разные. Неверно думать, что вред причиняется органами публично-правовых образований, а возмещается самими публично-правовыми образованиями. Еще дальше от истины будет

утверждение, что вред причиняют одни органы, а возмещают его другие органы. И причиняет вред и несет за него ответственность публично-правовое образование.

3. Если гражданское законодательство решает вопрос об ответственности публично-правовых образований в целом правильно, логично и последовательно, то процессуальное законодательство в этом вопросе далеко от совершенства. Оно не пользуется категорией «публично-правовое образование» для обозначения субъектов процессуальных отношений. Не называет оно и Российскую Федерацию, субъекты РФ и муниципальные образования в качестве участников процесса. В процессуальных кодексах мы встретим упоминание только о государственных органах, органах местного самоуправления и должностных лицах, принявших незаконные акты. Может сложиться впечатление, что в гражданском праве субъектом является публично-правовое образование, а в процессуальном – его органы. Разумеется, это ложное впечатление, обусловленное несовершенством терминологии, а под органами следует понимать соответствующие публично-правовые образования. Принимают незаконные акты именно публично-правовые образования, действуя через органы, они и должны признаваться настоящими участниками процесса. Не случайно, когда законодатель решает вопрос об источнике возмещения причиненного вреда, например издержек по делу, он указывает на соответствующий бюджет (ст. 102 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации¹⁰¹, ст. 24.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях¹⁰²), а не на денежные средства органа. Если сторона понесла судебные расходы из-за действий публично-правового образования, оно их должно возместить, как и всякий проигравший участник процесса. По тому, как решается вопрос о возмещении расходов, можно судить о субъекте, причинившем вред.

¹⁰¹ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ. URL: <http://docs.cntd.ru/document/901832805> (дата обращения 11.12.2018)

¹⁰² Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ. URL: <http://docs.cntd.ru/document/901807667> (дата обращения 11.12.2018).

В некоторых случаях отмеченный недостаток терминологии процессуального законодательства приводит к существенным недостаткам в правоприменительной практике. Например, в ст. 38 КАС РФ административными ответчиками прямо названы органы государственной власти, иные государственные органы, органы местного самоуправления. С них должны быть взысканы и судебные расходы (ст. 111 КАС РФ). Здесь можно было бы в очередной раз предположить, что законодатель имел в виду публично-правовые образования и их бюджеты, и не придавать значения несовершенству текста статей. Однако практика пошла по пути буквального понимания статьей КАС РФ.

Если признается не соответствующим закону решение органа исполнительной власти субъекта РФ, считается, что это именно его (органа) решение, именно он (орган) ответчик, с него (органа) следует взыскивать в пользу истца судебные расходы. Если признается недействующим закон субъекта РФ, считается, что это акт законодательного органа, он (орган) должен возмещать истцу расходы. Но, думается, очевидно, что законы (федеральные или субъектов РФ) – это акты, отнюдь, не законодательных органов, а публично-правовых образований в целом. То есть это акты самой Российской Федерации или ее субъектов. Чтобы убедиться в правильности сделанного здесь вывода достаточно внимательно посмотреть на название законов и на процедуру их принятия. Алтайское краевое Законодательное Собрание, например, принимает не свой закон, а закон Алтайского края, а чтобы он вступил в силу его должен подписать губернатор. Такими же должны быть выводы об актах, принимаемых с участием других государственных органов и органов местного самоуправления.

4. Переключая внимание с публично-правовых образований на их органы суды неизбежно сталкиваются с противоречиями, разрешить которые не представляется возможным, остается только закрывать на них глаза. Если орган обладает статусом юридического лица, то судебные расходы взыскиваются с

него¹⁰³, а если не обладает – за счет бюджета¹⁰⁴, то есть с публично-правового образования в целом. Но если публично-правовое образование привлекается к ответственности, оно и должно считаться причинителем вреда в виде расходов административного истца, оно и должно считаться ответчиком. С другой стороны, если во втором случае можно возместить расходы за счет казны публично-правового образования, то почему также нельзя поступить и в первом случае, когда орган обладает статусом юридического лица? Ведь если прав Д.Н. Бахрах, нормативный правовой акт издавало не юридическое лицо, а обслуживаемый этим юридическим лицом государственный орган или орган местного самоуправления, то есть действующее через этот орган публично-правовое образование. В случае с Алтайским краевым Законодательным Собранием можно рассуждать так:

юридическое лицо под названием «Алтайское краевое Законодательное Собрание» имеет деньги, необходимые для обеспечения деятельности одноименного законодательного органа, нормативные акты оно не принимает и не может быть ответчиком по нормам КАС РФ, не может на него возлагаться и возмещение расходов административного истца;

возмещать расходы за счет своей казны должен Алтайский край, чей нормативный правовой акт признан недействующим, он и должен называться ответчиком, хотя бы предполагаться ответчиком, пока терминология процессуального права не будет приведена в соответствие с материальным правом и публично-правовые образования выйдут на первый план из тени своих органов.

¹⁰³ Решение Свердловского областного суда от 25 июля 2017 г. № 3а-343/2017. URL: <http://base.garant.ru/46741160/> (дата обращения 11.12.2018).

¹⁰⁴ Апелляционное определение Верховного Суда Российской Федерации от 20 февраля 2017 г. № 21-АПГ16-3. URL: http://vsrf.ru/stor_pdf.php?id=1521898 (дата обращения 11.12.2018).

Раздел 2. Проблема объекта в гражданском праве

2.1. Место объектов виртуальной реальности в системе объектов гражданских прав (Пронина Н.А., Буянов А.В.)¹⁰⁵

По справедливому замечанию В.А. Белова, «проблема объекта гражданского правоотношения – это крепость, осаждаемая учеными вот уже более двух столетий, но остающаяся неприступной. Римлянам покорился единственный её форпост – сторожевая башня под название «вещи»... Принято считать, что проблема объекта гражданского правоотношения сводится к установлению понятия об объекте гражданского правоотношения и его адекватному приложению к окружающей действительности... Нельзя не поразиться и тому разрыву между постоянно увеличивающимся количеством научного внимания, уделяемого проблеме объекта, и теми, все менее и менее значительными и менее заметными успехами, которые становятся ее результатом»¹⁰⁶.

Для начала обратимся к исследованиям Г.Ф. Пухты. На материалах римских источников он показал, что под римскими «вещами» скрывались в действительности различные и разнообразные по своей природе и режиму предметы правового господства: собственная личность управомоченного (владение), вещь (вещные права), действия других лиц (обязательства), другие личности вне управомоченного (брачно-семейные отношения) и личности, соединившиеся с личностью управомоченного (наследственные права)¹⁰⁷.

Заслугой Д.И. Мейера является первый в отечественной литературе опыт выявления взаимосвязи категории объекта субъективного гражданского права и объекта гражданского оборота: «не все вещи, не все физические тела подлежат господству лица, составляют объект права, а только такие вещи, такие тела,

¹⁰⁵ Работа ранее не публиковалась.

¹⁰⁶ Белов В.А. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий // Объекты гражданского оборота: Сборник статей / Отв. Ред. М.А. Рожкова. – М.: Статут, 2007. – С. 6–7.

¹⁰⁷ Там же. – С. 9.

которые состоят в гражданском обороте и имеют значение имущества, т.е. представляют собой какую-либо ценность...»¹⁰⁸

Некоторые авторы, в том числе М.М. Агарков, считали, что объектом права выступает то, на что направлено поведение обязанного лица, а в обязательствах вещи «могут служить для характеристики и определения содержания соответствующих прав требований и обязанностей»¹⁰⁹.

Как указывает О.С. Иоффе: «объектом правоотношения является то, на что направлено гражданское субъективное право и гражданско-правовая обязанность как элементы гражданского правоотношения, образующие его непосредственное содержание»¹¹⁰. То есть объект правоотношения – он же объект гражданского права, ибо то, что является объектом субъективного гражданского права, одновременно является и объектом юридической обязанности, а это две медали одного целого, именуемого содержанием правоотношения. Причем объект правоотношения – это нечто, не являющееся содержанием, и, конечно, не субъект правоотношения.

Ю. В. Холоденко в своей лекции указывает на то, что объектами гражданских правоотношений выступают блага, которые способны удовлетворить интересы их участников. Также отмечая, что благо – есть цель деятельности участников гражданского правоотношения. Как он указывает: «Как представляется, категория правоотношения, указывая на связь или взаимодействие субъектов между собой, тем самым характеризует направленность их действий, и эти действия не могут быть направлены сами на себя, т.е. быть беспредметными. Логично предположить, что в качестве цели такой деятельности может выступать лишь благо»¹¹¹.

С другой стороны, отношение к объекту как к благу, а понимание блага как цели, думается, вообще выводит объект за пределы правового отношения, за пределы общественного отношения, подвергнувшегося правовому регулированию.

¹⁰⁸ Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.) По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 3-е, испр. – М.: «Статут», 2003. – С. 159.

¹⁰⁹ Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. – М., 1940. – С. 29.

¹¹⁰ Иоффе О.С. Обязательственное право – М.: Юрид. лит., 1975 – С. 352.

¹¹¹ Ю.В. Холоденко Лекция «Объекты гражданских прав» // Образовательный портал АлтГУ. [электронный ресурс]. URL: <http://portal.edu.asu.ru/mod/lesson/view.php?id=28631>(время доступа 17.02.2020).

В.А. Белов предлагает вспомнить о том, что характеризуя гражданское правоотношением, мы всегда имеем дело с правоотношением, с одной стороны, и с фактическим отношением, – с другой. Эти «отношения» принадлежат к различным мирам – миру реальных вещей и действий (миру чувств и ощущений), с одной стороны, и миру отвлеченных идей и представлений (миру рассудка и разума) – с другой¹¹². И далее, «вещь может быть объектом физического воздействия, но не субъективного права и не правоотношения. Вместе с тем, невозможно игнорировать тот факт, что содержание всех без исключения прав и обязанностей в полной мере предопределяется свойствами предметов внешнего мира... так, содержание вещных прав всецело предопределяется свойствами вещей – субстратов, являющихся объектами фактического господства управомоченных лиц...»¹¹³. В результате автор приходит к выводу, что объект гражданского правоотношения – это любая субстанция, имеющая определенное юридическое значение (совокупность определенных признаков, придающих то или иное юридическое значение), не совпадающая с его субъектами и содержанием и не входящая в число оснований его динамики (юридических фактов).

Ст. 128 ГК РФ закрепляет объекты гражданских прав, по поводу которых возникают правоотношения¹¹⁴. Как указывает А.И. Савельев в своей статье, главной целью выделения объектов заключается в том, чтобы распространить на них определенный правовой режим, возможность или невозможность совершения с ними определенных юридически значимых действий¹¹⁵, точнее – сделать их объектами гражданского оборота.

Таким образом, криптовалюта, как и любой другой объект виртуальной реальности, способна считаться объектом гражданского правоотношения, нужно только определить ту совокупность признаков, которая придаст этому субстрату юридическое значение.

¹¹² Белов В.А. Там же. – С. 47.

¹¹³ Белов В.А. Там же. – С. 59.

¹¹⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации часть первая // КонсультантПлюс [электронный ресурс]. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/ (время доступа 17.02.2020).

¹¹⁵ Савельев А.И. Криптовалюты в системе объектов гражданских прав // Закон. – 2017. – № 8.

Бесспорно, статья 128 ГК РФ предусматривает существование объектов, непоименованных указанной статьей. Такое положение она закрепляет фразой «иное имущество»¹¹⁶.

Несмотря на многообразие наполнения этого термина, думается, законодатель не преследовал цель выделить ограниченный круг объектов, создавая дихотомию имущества, а хотел предоставить «иному имуществу» правовой режим для обеспечения функционирования его в обороте.¹¹⁷ Как указывает А.Н. Лысенко, такой подход не всегда оправдан, т.к. он предлагает регулирование нового объекта, через существующие режимы, а, возможно, что новому объекту необходим самостоятельный правовой режим, нежели существующие. Иными словами, продолжая мысль В.А. Белова, в правовом поле может возникнуть такой объект, свойства которого не являются типовыми для существующих гражданских правоотношений, и, соответственно, они повлекут за собой совершенно иные по содержанию гражданские правоотношения.

В продолжение высказанной позиции А.Н. Лысенко, В.А. Перов в своей статье «Об особенностях правового регулирования правоотношений в сфере оборота криптовалют на территории Российской Федерации» указывает на необходимость придания самостоятельного правового режима криптовалюте, в обоснование указывая, что отсутствие нормативного регулирования само по себе нарушает права и законные интересы граждан в сфере гражданского оборота, а также ущемляет право на судебную защиту. Кроме того, отсутствие соответствующих норм выводит из сферы правового регулирования некоторые виды преступлений, совершенные с помощью криптовалюты¹¹⁸. «В настоящее время законодателю необходимо признать, что криптовалюта – это уже не призрачная перспектива, а объективное экономическое и правовое явление, требующее создания оптимальных правовых условий для своего развития»¹¹⁹.

¹¹⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации часть первая // КонсультантПлюс [электронный ресурс] URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/#dst0 (время доступа 17.02.2020).

¹¹⁷ Лысенко А.Н. Имущество в гражданском праве России/ Деловой двор – М., 2010. – С. 43.

¹¹⁸ Перов В.А. Об особенностях правового регулирования правоотношений в сфере оборота криптовалют на территории Российской Федерации // Российская юстиция. – 2018. – № 3. – С. 59.

¹¹⁹ Сидоренко Э.Л. Криптовалюта как новый юридический феномен // Общество и право. – 2016. – № 3. – С. 195.

Думается, рассмотрение попыток законодателя дать правовое закрепление криптовалюте следует начать с проекта Федерального закона «О цифровых финансовых активах», представленного Министерством финансов, одобренного в первом чтении 22 мая 2018 года. Первоначально закон пытается дать определение цифровому финансовому активу, говоря, что это «имущество в электронной форме, созданное с использованием криптографических средств. Право собственности на данное имущество удостоверяется путем внесения цифровых записей в реестр цифровых транзакций. К цифровым финансовым активам относятся криптовалюта, токен. Цифровые финансовые активы не являются законным средством платежа на территории Российской Федерации»¹²⁰

Согласно пп.12 ч.1 ст. 2 указанного закона под криптовалютой предполагается понимать «вид цифрового финансового актива, создаваемый и учитываемый в распределенном реестре цифровых транзакций участниками этого реестра в соответствии с правилами ведения реестра цифровых транзакций»¹²¹.

Поскольку криптовалюта является видом цифрового финансового актива, а, как указывали, цифровой финансовый актив – имущество, постольку она является имуществом в электронной форме. По смыслу ст. 128 ГК РФ, это ничто иное как «иное имущество». Электронная форма говорит о существовании таких активов в информационной – телекоммуникационной сети «Интернет».

Раскрывая понятие актива, законопроект указывает то, как удостоверяется право собственности на него, следовательно, можно предположить, что такой актив находится у лица в собственности. Безусловно, говорить о классическом понимании права собственности, как вещного права, здесь не приходится. Как было указано выше, содержание права собственности «всецело предопределяется свойствами вещей – субстратов, являющихся объектами фактического господства управомоченных лиц и не имеющих такого значения в отношении активности лиц

¹²⁰ Проект Федерального закона N 419059-7 «О цифровых финансовых активах» // КонсультантПлюс [электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=PRJ&n=172447#0057638832408827945> (время доступа 17.02.2020).

¹²¹ Там же.

обязанных»¹²². Криптовалюта вещью не является, соответственно, стать объектом права собственности как субъективного права она не может. Возможно, следует рассматривать такие отношения как «экономические отношения присвоения»¹²³, не относящиеся к вещному праву собственности. Правопорядок хочет уравнивать всех субъектов экономического оборота, предоставив им одинаковый, наиболее полный по отношению к другим, набор прав для создания полноценного объекта гражданского оборота.

Следует отметить, что наряду с самим понятием криптовалюты как цифрового финансового актива предполагается рассматривать такие субстраты, как «цифровая транзакция», «цифровая запись», «реестр цифровых транзакций» и т.д. В определении цифрового финансового актива, предложенном законодателем, сказано, что «право собственности на данное имущество удостоверяется путем внесения цифровых записей в реестр цифровых транзакций».

Под цифровой транзакцией следует понимать определенное действие или их совокупность, направленные на определенные юридические последствия, объектом которых выступает криптовалюта. Например, купля-продажа криптовалюты есть не что иное, как цифровая транзакция, которая направлена на известные последствия.

Законодатель предлагает понимать под цифровой записью информацию об активе, занесенном в реестр цифровых транзакций. Думается, что цифровая запись есть оформление цифровой транзакции, которая одновременно с этим несет информацию об активе.

Реестр в свою очередь, представляет собой систематизированную базу цифровых записей в определенный момент времени. Право собственности на актив удостоверяется только в том случае, когда цифровая запись попадает в такой реестр. С момента внесения записи, она является подтвержденной, а значит и достоверной. Такая достоверность подтверждает наличие права собственности.

Следующим признаком криптовалюты является то, что она создается и

¹²² Белов В.А. Там же. – С. 59.

¹²³ Российское гражданское право: Учебник: В 2-х томах. Том I. Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: Статут, 2011. – С. 289.

учитывается в распределенном реестре цифровых транзакций. Как было указано выше, он понимается как «систематизированная база цифровых транзакций, которые хранятся, одновременно создаются и обновляются на всех носителях у всех участников реестра на основе заданных алгоритмов, обеспечивающих ее тождественность у всех пользователей реестра». В данном случае, речь идет о технологии блокчейн. Однако, законодатель, на наш взгляд, понимает ее слишком узко, т.к., в данном случае, под такое описание подпадает вполне конкретная система блокчейн – Bitcoin. Именно эта система построена на том, что информация, заносимая в определенный блок, есть информация о произведенных транзакциях с криптовалютой Bitcoin. А как правильно указывает Г. Мартынкевич, информация, вносимая в блок, может быть не только транзакция, а любая иная информация.

Транзакции, вносимые в систему блокчейн, хранятся в этой системе. При желании, мы можем увидеть первый блок с первой транзакцией – это блок 0 с транзакцией, совершенной 2009-01-03 18:15:05 на сумму в 50 BTC. Создание предполагает собой внесение данных в эту систему, т.к. помимо внесенных данных существует банк данных с множеством не внесенных транзакций. Транзакция, внесенная в блокчейн, отсылает к предыдущей транзакции.

Главным признаком реестра является то, что все эти процессы совершаются одновременно на всех носителях. Это характеризует «распределенный реестр» и делает его публичным. Иными словами, у всех пользователей такой системы блокчейн есть данные обо всех совершенных транзакциях. Соответственно, каждый участник системы проверяет действительность совершенной транзакции. В итоге, получается, что каждый участник системы контролирует другого участника, и не допускает внесение недостоверной информации. В этом есть главный принцип децентрализации системы и ее защиты.

Резюмируя, подчеркнем, что в указанном законопроекте под криптовалютой законодатель понимает вид цифрового финансового актива, являющегося имуществом, право собственности на который подтверждается в случае, если соответствующая запись о таком активе внесена в распределенный реестр

цифровых финансовых транзакций. Последний, в свою очередь, должен отвечать признакам публичного реестра. Отметим также, что законодатель специально подчеркнул область возникновения криптовалюты как объекта действительности и объекта правоотношения – только в публичной системе блокчейн.

Относительно недавно вступили в силу изменения в Гражданский кодекс Российской Федерации, касающиеся регулирования цифровых прав. Федеральным законом от 18.03.2019 N 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации»¹²⁴ в ст. 128 ГК РФ включены в число объектов цифровые права, а новая ст. 141.1 ГК РФ раскрывает понятие цифрового права. На первый взгляд может показаться, что таким образом законодатель нормативно закрепил криптовалюту среди объектов гражданских прав. Но это только на первый взгляд.

По нашему мнению, ст. 141.1 ГК РФ в значительной степени ограничила само понимание цифрового актива, отождествив его с токенами. В статье указано, что «цифровыми правами признаются названные в таком качестве в законе обязательственные и иные права, содержание и условия осуществления которых определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам...». При этом, норма отсылает нас к ст. 8 Федерального закона от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», в которой под цифровыми правами понимается: «1) право требовать передачи вещи (вещей); 2) право требовать передачи исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и (или) прав использования результатов интеллектуальной деятельности; 3) право требовать выполнения работ и (или) оказания услуг».

Теперь вернемся к понятию цифрового финансового актива, данном в проекте Федерального закона «О цифровых финансовых активах», и рассмотрим, что понимается под токеном – это «вид цифрового финансового актива, который

¹²⁴ Федеральный закон от 18.03.2019 № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» // КонсультантПлюс [электронный ресурс]. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_320398/ (время доступа 17.02.2020).

выпускается юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем (далее – эмитент) с целью привлечения финансирования и учитывается в реестре цифровых транзакций». Соответственно, токен есть некоторый актив, выпущенный эмитентом в цифровой среде, для привлечения инвестиций, заключающий в себе определенное право требования к эмитенту, т.е. все то, что описано в упомянутой статье 8 Федерального закона от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

При этом, как мы помним, криптовалюта не позиционируется как право требования, а рассматривается как совершенно новое иное имущество, на которое возникает субъективное имущественное право, существующее в цифровой среде и эмитируемое той или иной системой блокчейн.

Получается, что к имущественным цифровым правам законодатель отнес токены, являющиеся объектами обязательственных прав, но не включил криптовалюту, как объект имущественного субъективного права. Очевидно, можно сделать следующий вывод, что мы говорим о разных объектах гражданского права: токены – это цифровые, имущественные права, а криптовалюта – это иное имущество, не относящееся ни к одной из указанных групп объектов.

В качестве подтверждения того, что криптовалюта, несмотря на имеющиеся законодательные недоработки, все же признается объектом, приведем Решение Арбитражного суда города Москвы от 22.11.2016, в соответствии с которым Смиреников Александр Леонидович (далее – должник) признан несостоятельным (банкротом), в отношении него введена процедура реализации имущества гражданина. Финансовым управляющим к должнику было предъявлено требование о передаче данных доступа лица к биткойн – кошельку, однако должник добровольно требование не удовлетворил, в связи с чем управляющий обратился в суд. Как было установлено, Должник совершил сделку, в результате которой получил денежные средства, однако в конкурсную массу они не поступали, а на требование управляющего Должник указал, что на все

деньги приобрел криптовалюту (биткоин) и сообщил о наличии биткоин – кошелька. Суды, удовлетворяя заявление, делали ссылку на п. 9 ст. 213 Закона о банкротстве, по которому гражданин должен предоставлять любые сведения о составе своего имущества. Таким образом, суды рассматривали криптовалюту как имущество с позиции ст. 128 ГК РФ. (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 15.08.2019 № Ф05-8713/2017 по делу № А40-12639/2016).

В другом деле ООО обратилось в Арбитражный суд к АО с требованием о возврате на электронный кошелек криптовалюты, либо возмещением их действительной стоимости. Из материалов дела следовало, что ООО заключило договор по выполнению/осуществлению для заказчика и в его интересах некоторого комплекса работ/действий с АО. ООО произвело оплату путем передачи ответчику криптовалюты, однако, в связи с неисполнением АО работ, ООО отказалось от договора и потребовало возврата оплаты. Суд отказал в удовлетворении заявленных требований со ссылкой на то, что договор был полностью сторонами исполнен. Таким образом, суд признал, что оплата по договору путем передачи криптовалюты является надлежащим исполнением обязательств по оплате, что свидетельствует о признании криптовалюты в качестве объекта гражданских прав (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 25.12.2019 № Ф05-23528/2019 по делу № А40-3861/2019).

Еще в одном деле финансовый управляющий обратился в арбитражный суд с ходатайством о разрешении разногласий между финансовым управляющим и гражданином, которые заключались в вопросе включения содержимого крипто – кошелька в конкурсную массу. Определением суда от 05.03.2018 финансовому управляющему было отказано в удовлетворении. В обоснование суд первой инстанции указывал, что «криптовалюта не относится к объектам гражданских прав, находится вне правового поля на территории Российской Федерации, исполнение сделок с криптовалютой, ее транзакции не обеспечиваются принудительной силой государства». Не согласившись, управляющий обратился с требованием об отмене определения. Удовлетворяя жалобу, суд исходил из следующего: «Доводы суда о невозможности применения к криптовалютам по

аналогии норм, регулирующих сходные отношения, противоречат положениям ст. 6 ГК РФ, согласно которым при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости». По мнению суда апелляционной инстанции, криптовалюта не может быть расценена, применительно к ст. 128 ГК РФ, иначе как иное имущество.

При этом суд учитывал находящийся в стадии рассмотрения законопроект «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации», предусматривавший определение понятия «цифровое право», как имущественного права, а не иного имущества (п. 1 ст. 128 ГК РФ).

В другом деле суд прямо указал, что любое имущество должника, имеющее экономическую ценность, для кредиторов (включая криптовалюту), не может быть произвольно исключено из конкурсной массы без прямо предусмотренных ст. 131, 132, 213.25 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» либо иными федеральными законами оснований». Таким образом, из цитируемого текста постановления следует подтверждение описанной нами позиции. (Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.05.2018 № 09АП-16416/2018 по делу № А40-124668/2017).

Подводя итоги, необходимо отметить, что в результате соотнесения криптовалюты с предложенным пониманием объекта гражданских прав, можно прийти к выводу, что она закономерно относится к данной категории. Однако стоит припомнить слова А.И. Савельва, что целесообразность выделения объекта гражданских прав состоит в распространении на него правового режима для совершения с таким объектом юридически значимых действий. Соответственно, важнейшим признаком объекта является признание его правовой системой в качестве объекта гражданского права и гражданского оборота. Полагаем, что

криптовалюта входит в разряд «иного имущества» указанного в ст. 128 ГК РФ¹²⁵. Хотя, одного только указания на то, что это имущество крайне мало для регулирования оборота такого объекта. Более подробно понимание криптовалюты раскрыл законопроект Федерального закона «О цифровых финансовых активах».

Несмотря на попытку интеграции криптовалюты в систему объектов, стоит признать обоснованным вывод В.А. Перова, что она является самостоятельным явлением, требующим должного законодательного урегулирования, потому считаем, что одним из возможных решений проблемы будет принятие названного ранее законопроекта, а также внесение правок в имеющиеся нормативные акты соответствующих отраслей права.

Библиографический список

1. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву / М.М. Агарков. – М.: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1940. – 192 с.
2. Белов В.А. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий // Объекты гражданского оборота: Сборник статей / Отв. Ред. М.А. Рожкова. – М.: Статут, 2007. – С. 6–77.
3. Иоффе О.С. Обязательственное право – М.: Юрид. лит., 1975. – 880 с.
4. Лысенко А.Н. Имущество в гражданском праве России. – М., 2010. – 200 с.
5. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.) По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 3-е, испр. – М.: «Статут», 2003. – 831 с.
6. Перов В.А. Об особенностях правового регулирования правоотношений в сфере оборота криптовалют на территории Российской Федерации // Российская юстиция. – 2018. – № 3. – С. 58–60.

¹²⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации часть первая // КонсультантПлюс [электронный ресурс] URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/#dst0 (время доступа 17.02.2020).

7. Проект Федерального закона № 419059-7 «О цифровых финансовых активах» // КонсультантПлюс [электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=PRJ&n=172447#0057638832408827945> (время доступа 17.02.2020).
8. Российское гражданское право: Учебник: В 2-х томах. Том I. Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: Статут, 2011. – 958 с.
9. Савельев А.И. Криптовалюты в системе объектов гражданских прав // Закон. – 2017. – № 8.
10. Сидоренко Э.Л. Криптовалюта как новый юридический феномен // Общество и право. – 2016. – № 3. – С. 193–197.
11. Федеральный закон от 18.03.2019 № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» // КонсультантПлюс [электронный ресурс]. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_320398/ (время доступа 17.02.2020).
12. Холоденко Ю.В. Лекция «Объекты гражданских прав» // Образовательный портал АлтГУ. [электронный ресурс]. URL: <http://portal.edu.asu.ru/mod/lesson/view.php?id=28631> (время доступа 17.02.2020).

2.2. К вопросу о гражданской правообъектности недвижимых вещей (Пятков Д.В.)¹²⁶

В гражданском праве принято обращать внимание на то обстоятельство, что не каждое материальное благо является объектом гражданских прав. Каким образом лучше обозначить свойство предмета находиться среди объектов гражданских прав? Для этой цели подходит термин «правообъектность», который однажды использовали в своем очерке С. Зинченко и В. Лапач. По их мнению, правообъектное благо – это благо, признаваемое объектом права по закону. Правообъектность тех или иных благ устанавливается различным способом: «одни из них – объекты гражданских прав в силу прямого указания закона, другим же для приобретения объектных характеристик требуется специальная квалификация в качестве объекта»¹²⁷.

Ученые и практикующие юристы очень внимательно относятся к участию организаций в гражданских правоотношениях: всеми хорошо осознается неравнозначность понятий юридического лица и организации; быть организацией – не значит непременно быть юридическим лицом, субъектом гражданского права. Внимательному отношению к организациям во многом способствует понятие правосубъектности. Традиция такова, что применительно к правосубъектности любого лица нужно четко определить момент, условия и порядок ее возникновения и прекращения, содержание, различные формы проявления и т. д. Категорией «правосубъектность» обозначается тот центр юридического мышления, вокруг которого следует вести поиск ответов на многие вопросы, связанные с участием лица в правоотношениях. Более того, эта категория способствует самой постановке вопросов и, тем самым, – дальнейшему развитию права. Применительно к объектам гражданских прав

¹²⁶ Статья впервые опубликована в журнале Законодательство. – 2008. – № 9. В статье используются нормативные правовые акты по состоянию на 2008 год.

¹²⁷ Зинченко С., Лапач В. Правовой статус имущества как объекта гражданских прав // Приложение к журналу «Хозяйство и право». – 2000. – № 8. – С. 11.

теория и законодательство лишены такой же центральной и организующей категории¹²⁸.

Отмеченный недостаток теории об объектах применительно к недвижимым вещам имеет различные проявления. На практике не всегда точно определяют предмет, подлежащий описанию в качестве недвижимого объекта гражданских прав: нередко и без достаточных оснований осуществляют юридическое обособление предметов материального мира, функционально связанных в единый комплекс¹²⁹; переводят обособленность предметов в пространстве в плоскость их юридического обособления, не обращая внимания на общее хозяйственное назначение (эксплуатационное единство) предметов. Недвижимая вещь оказывается описанной по частям, в то время как действительный объект гражданских прав как совокупность этих частей (комплекс предметов) остается незамеченным. Причем, во многих случаях такое описание производится в ущерб заинтересованным лицам, в первую очередь – правообладателям: не желая воспринимать свою единую вещь (комплекс предметов) как множество объектов гражданских прав, стремясь получить один пакет документов на комплекс в целом, правообладатели, тем не менее, вынуждены тратить немалые суммы денег и драгоценное время на оформление излишней дополнительной документации на каждую часть комплекса. Широко распространен визуальный подход к описанию вещей и

¹²⁸ Существует понятие оборотоспособности объектов, но оно выполняет иную функцию. Категория «оборотоспособность объектов» используется для того, чтобы показать различия между объектами гражданских прав, в то же время важно отграничить объекты от неobjектов, вещи от других предметов материального мира, которые похожи на вещи, но ими не являются и т. д. Оборотоспособность указывает на различия между объектами свободными в обороте, ограниченными в обороте, изъятыми из оборота, но эта категория непригодна для описания объектов внутри каждой названной группы. Даже необоротоспособные блага признаются правоobjектными. Если благо изъято из оборота, это не означает, что оно перестает быть объектом прав. Оборотоспособность объектов указывает всего лишь на один аспект правового режима вещи или иного блага, это лишь один аспект правоobjектности. Точно также, применительно к правосубъектности мы различаем правоспособность и дееспособность, дифференцируя далее эти элементы правосубъектности в зависимости от вида субъекта или его состояния.

¹²⁹ Здесь о комплексе предметов говорится не только и не столько в связи с понятием предприятия как имущественного комплекса (ст. 132 ГК РФ), а в более широком значении термина «комплекс» – совокупность предметов, объединенных единым хозяйственным назначением. Приблизительно в таком универсальном значении термин «комплекс» может появиться в гражданском законодательстве, если в нормативных актах в полной мере будет воплощена Концепция развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе, принятая Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (См.: Концепция развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе. – М., 2004. – С. 12).

определению их количества: сколько построек – столько вещей, сколько земельных участков – столько объектов гражданских прав.

Отсутствие в юриспруденции правообъектности как общепризнанной категории, заставляет использовать недостаточно точные термины. С данной проблемой автор вплотную столкнулся, пытаясь выразить собственное представление о недвижимых комплексах¹³⁰. Отсутствие термина «правообъектность» ощутимо усложняло работу, когда следовало в лаконичной форме и ясным образом показать, что предмет материального мира не всегда является объектом гражданских прав.

Проблемы, связанные с описанием недвижимых вещей, вызваны как недостаточной теоретической базой для современной правоприменительной практики, так и дефицитом специальных правовых норм об отдельных видах недвижимых объектов. Впрочем, и в законодательстве, и в юридической литературе можно обнаружить попытки восполнить эти пробелы. Так, например, согласно п. 5 Правил присвоения кадастровых номеров земельным участкам¹³¹, несколько обособленных земельных участков, представляющих собой единое землепользование, по заявлению правообладателя могут быть учтены в качестве одного объекта недвижимого имущества с присвоением им одного кадастрового номера. Два земельных участка по 5 га могут восприниматься правом как один объект гражданских прав – земельный участок, площадь которого равна 10 га, если использование всей земли подчинено общей хозяйственной цели. При этом неважно, разделены земельные участки или нет. В случае если несколько земельных участков никаким образом не связаны между собой, или их связь не имеет юридического значения, то каждому участку будет присвоен свой кадастровый номер. Количество объектов гражданских прав станет равным числу земельных участков, что найдет соответствующее отражение в Едином государственном

¹³⁰ См.: Пятков Д.В. К вопросу о простых и сложных недвижимых вещах // Российский юридический журнал. – 2002. – № 3. – С. 40–49; Судебно-арбитражная практика Московского региона. Вопросы правоприменения. 2001. – № 4. – С. 30–36.

¹³¹ Утверждены постановлением Правительства РФ от 6 сентября 2000 г. № 660 // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2000. – № 37. – Ст. 3726.

реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним (далее – ЕГРП) и в свидетельствах о государственной регистрации прав.

Таким образом, все земельные участки допустимо разделить на две большие группы: правообъектные земельные участки и неправообъектные земельные участки. В свою очередь, правообъектный земельный участок может быть монолитным и составным (единым землепользованием).

Единое землепользование – это, пусть и особый, но все же земельный участок, что подтверждается п. 8 приказа Росземкадастра от 14 мая 2001 г. № П/89 «О кадастровом делении территории Российской Федерации»¹³². Согласно приказу, для обеспечения кадастрового учета *земельных участков, представляющих собой единое землепользование*, дополнительно создается условный кадастровый округ. В п. 1 Правил оформления кадастрового плана земельного участка № ГЗК-1-Т.0-04-01-01¹³³ в качестве равнозначных используются термины «единое землепользование» и «составной земельный участок».

Согласно ст. 6 Земельного кодекса РФ¹³⁴, земельный участок как объект земельных отношений – часть поверхности земли, границы которой описаны и удостоверены в установленном порядке. Из этого определения не следует, что все земельные участки непременно являются объектами гражданских прав. Из нормативного правового определения также не следует, что земельный участок – это непременно не разделенный на части объект. Описание границ всех обособленных частей единого землепользования является описанием границ составного земельного участка.

Категории «единое землепользование» и «составной земельный участок» следует использовать для обозначения нескольких обособленных частей поверхности земли, за которыми по отдельности не признается правообъектность, но которые совместно образуют одну вещь. Единое землепользование – это правообъектный земельный участок, состоящий из

¹³² Российская газета. – 2001. – 11 июля.

¹³³ Утверждены Росземкадастром 10 апреля 2001 г. // Российская газета. – 2001. – 11 июля.

¹³⁴ Собрание законодательства Российской Федерации. – 2001. – № 44. – Ст. 4147.

неправообъектных земельных участков, объединенных в установленном порядке волей правообладателя и общим хозяйственным назначением¹³⁵.

Правило присвоения кадастрового номера единому землепользованию не следует считать уникальным, зависимым от свойств такого объекта как земельный участок. Несколько зданий и сооружений, имеющих общее хозяйственное назначение, вполне можно рассматривать как один объект гражданских прав. Им, так же как и единому землепользованию, можно присвоить один кадастровый номер с изготовлением общего для них технического плана и общего кадастрового паспорта. Здания и сооружения, как и земельные участки, могут быть и правообъектными, и неправообъектными. Правомерное включение зданий и сооружений в гражданский оборот не всегда позволяет говорить о них как о вещах, объектах гражданских прав.

Примером могут служить автозаправочные станции, которые, как правило, представляют собой комплекс предметов. На практике возник вопрос: следует ли рассматривать в качестве недвижимого объекта права собственности в целом автозаправочную станцию (АЗС) или нужно регистрировать право на каждое здание и сооружение в отдельности? В настоящее время принято считать, что АЗС является единым объектом гражданских прав, одной

¹³⁵ Единое землепользование – это комплекс предметов. Однако ошибочно отождествлять комплексы и сложные вещи. Дело в том, что сложные вещи состоят не просто из нескольких предметов, а из нескольких вещей (ст. 134 ГК РФ). Сложная вещь – это такой правообъектный предмет, который состоит из нескольких предметов тоже правообъектных в данный момент времени. Напротив, единое землепользование как правообъектный предмет состоит из предметов неправообъектных в данный момент времени, оно является вещью состоящей не из вещей, а из таких предметов, которые могут стать вещами в будущем. Таким образом, особенности внутренней структуры единого землепользования позволяют относить составной земельный участок к простым вещам. Только в случае, если обособленные земельные участки учитываются и регистрируются по отдельности, а затем учитывается еще и комплексный земельный участок с регистрацией прав на него, единое землепользование станет вещью, состоящей из других вещей. Преимущество режима сложной недвижимой вещи проявляется в возможности в любое время распорядиться и комплексом, и отдельными его частями без предварительных учетных и регистрационных процедур, поскольку эти процедуры были проведены заранее – при формировании сложной вещи. Но, по-видимому, такие возможности не стоят сопутствующих их приобретению расходов. Во всяком случае, в настоящее время правообладатели выбирают либо правообъектный комплекс как простую вещь с неправообъектными частями, либо правообъектные части, но без комплекса как объекта гражданских прав. Вывод об относимости существующих единых землепользований к простым вещам касается практически всех правообъектных недвижимых комплексов. Кроме предприятия сложно назвать какой-либо правообъектный недвижимый комплекс, который был бы сложной вещью и состоял бы из нескольких правообъектных на данный момент времени предметов, прочно связанных с землей. Понятие сложной вещи в современном его состоянии сориентировано в большей степени на обслуживание оборота движимых вещей. Специфика правового режима недвижимости, обусловленная кадастровым учетом и государственной регистрацией прав, препятствует активному использованию категории «сложная вещь» для описания недвижимых вещей. Понятие сложной вещи как раз и призвано компенсировать отсутствие учетных и регистрационных процедур для движимых вещей (подробнее см.: Пятков Д.В. К вопросу о простых и сложных недвижимых вещах // Российский юридический журнал. – 2002. – № 3. – С. 40–49).

недвижимой вещью¹³⁶. При этом подчеркивается, что, несмотря на то, что АЗС – это набор предметов, прочно связанных с землей, можно обойтись регистрацией права только на АЗС в целом. В ЕГРП следует открывать один раздел с описанием АЗС. Составные недвижимые части АЗС в отдельных разделах описывать не нужно, право на них будет зарегистрировано в момент регистрации права на АЗС в целом. Другими словами, АЗС – это правообъектный комплекс предметов. Пока существует правообъектность комплекса, образующие его здания и сооружения остаются неправообъектными предметами, не являются вещами в точном юридическом значении этого слова, они лишены даже относительной юридической автономии в гражданских правоотношениях¹³⁷.

Строительство нескольких зданий и сооружений не всегда приводит к появлению такого же числа объектов гражданских прав. Здания и сооружения не всегда воспринимаются в качестве предметов, каждый из которых ценен сам по себе в отрыве от других. Процедура кадастрового учета и государственной регистрации прав вносит полную ясность в вопрос о количестве созданных объектов. В ЕГРП каждому объекту права собственности соответствует свой раздел. Наличие в реестре раздела с описанием какого-либо предмета свидетельствует о том, что данный предмет стал правообъектным, признан вещью, объектом гражданских прав. Напротив, если какой-либо предмет упомянут в разделе реестра наряду с другими предметами и не имеет своего

¹³⁶ См., например: Регистрация прав на недвижимость (ответы на вопросы государственных регистраторов) / Информационный сборник. Выпуск № 1. – М., 2000. – С. 15–16.

¹³⁷ Аналогичные проблемы рассмотрены А.А. Завьяловым на примере имущества РАО «Газпром» (см.: Завьялов А.А. Некоторые вопросы регистрации прав на объекты недвижимого имущества // Правовое регулирование рынка недвижимости. – 2000. – № 4. – С. 56–58). Также см.: постановление Правительства РФ от 11 февраля 2005 г. № 68 «Об особенностях государственной регистрации права собственности и других вещных прав на линейно-кабельные сооружения связи» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2005. – № 8. – Ст. 650). Перечень примеров, когда несколько зданий и сооружений становятся одним объектом гражданских прав, можно продолжить, указав на домовладение, то есть жилой дом и обслуживающие его строения, находящиеся на обособленном земельном участке. Правоприменительная практика по поводу домовладений, сложившаяся в советское время, сохраняет свою актуальность и по сей день. В Постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 27 августа 1980 г. отмечается, что постройки служат для удовлетворения хозяйственных потребностей и не могут быть объектами права собственности отдельно от жилого дома (Бюллетень Верховного Суда СССР. – 1981. – № 2. – С. 9). Добавим, что строения, обслуживающие дом, могут стать самостоятельными объектами, если этого пожелает правообладатель. В Постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 31 июля 1981 г. № 4 содержится следующее разъяснение: «различного рода хозяйственные постройки (сарай, летние кухни и т.п.) являются подсобными строениями и составляют с домом единое целое» (Закон. – 1997. – № 3).

индивидуального раздела, то он не является объектом гражданских прав и признается лишь частью имущественного комплекса, который и станет объектом гражданских прав.

Специфика недвижимости такова, что правообъектность предметов получает официальное признание. Это очень сближает правообъектность недвижимости с правосубъектностью юридических лиц и позволяет проводить некоторые аналогии. Отсутствие у предмета правообъектности не означает непременно, что он находится за пределами гражданского оборота. Он может быть включен в гражданский оборот, но только в составе какой-либо вещи, то есть в составе другого предмета, наделенного правообъектностью. На практике это означает, в частности, что предмет в таком неправообъектном состоянии не может перейти в собственность другого лица в отрыве от вещи, в состав которой он входит. Для этого необходимо официально признанное обособление предмета от вещи, то есть признание за ним его собственной правообъектности: кадастровый учет и государственная регистрация права.

Потенциальная возможность юридического обособления частей недвижимой вещи и их учета в будущем в качестве объектов вовсе не означает, что до обособления мы имеем множество объектов гражданских прав. До тех пор, пока части недвижимой вещи не будут описаны в установленном порядке в качестве объектов, они не могут восприниматься в качестве объектов гражданских прав. Они существуют лишь как неправообъектные части какого-либо объекта, юридически совершенно сливаясь с ним. Следует с большой осторожностью использовать термины «вещь» и «объект гражданских прав» применительно к земельным участкам, зданиям и другим предметам, прочно связанным с землей. *Недвижимый предмет может не быть недвижимой вещью*, поскольку вещь – это не любой предмет, а только тот, за которым признаются специфические свойства, обеспечивающие его относительно независимое от других благ существование в правоотношениях. Если земельный участок, здание или сооружение не является объектом гражданских прав, а входит в состав какого-либо объекта в качестве его неправообъектной

части, о таком земельном участке, здании или сооружении следует говорить, используя термины: «предмет», «недвижимый предмет».

В каких же случаях несколько обособленных в пространстве предметов могут образовывать одну недвижимую вещь? Следует учитывать два фактора: объективный и субъективный. Объективный фактор – наличие определенного рода взаимосвязи между несколькими предметами, что проявляется в использовании их по общему назначению. Субъективный фактор – желание правообладателя иметь в собственности не совокупность недвижимых вещей, а одну вещь, состоящую из нескольких неправообъектных частей. Принимать во внимание оба фактора требуют, в частности, Правила присвоения кадастровых номеров земельным участкам, согласно которым несколько обособленных земельных участков могут быть учтены в качестве одного объекта лишь в том случае, если они представляют собой единое землепользование (объективный фактор) и правообладателем сделано соответствующее заявление (субъективный фактор).

Наличие между несколькими предметами взаимосвязи, достаточной для их учета в качестве одного объекта, устанавливается, в конечном счете, органами, уполномоченными вести кадастр недвижимости. При этом не следует исключать многочисленных конфликтных ситуаций с их участием. Этому способствуют и слабая нормативная база кадастрового учета недвижимости, и далекий от совершенства понятийный аппарат учения об объектах гражданских прав.

1 марта 2008 г. вступил в силу Федеральный закон «О государственном кадастре недвижимости» (далее – Закон о кадастре)¹³⁸. С ним было связано много ожиданий, имеющих непосредственное отношение к теме статьи. Существовали все основания надеяться, что идея составных (комплексных) земельных участков не только будет поднята на уровень федерального закона, но и получит дальнейшее развитие, распространившись на здания и сооружения. К сожалению, эти ожидания не оправдались. В Законе о кадастре

¹³⁸ Собрание законодательства Российской Федерации. – 2007. – № 31. – Ст. 4017.

проблема составных недвижимых вещей оставлена без внимания. Но, даже не смотря на это, сложившаяся правоприменительная практика могла бы существовать дальше и даже совершенствоваться. Однако, в первые же дни действия Закона о кадастре обнаружилось, что Роснедвижимость не имеет намерений сохранять собственную практику кадастрового учета единых землепользований.

Специалистами уже давно была отмечена нарастающая неприязнь российских чиновников к составным земельным участкам на фоне судебной практики вполне благоприятной для владельцев единых землепользований¹³⁹. Впрочем, ни финансовые, ни технические проблемы кадастрового учета недвижимости и государственной регистрации прав на нее не должны существенно влиять на гражданскую правообъектность материальных благ. Проблему же затрат Роснедвижимости и Росрегистрации в связи с формированием комплексов можно решить посредством установления дифференцированной оплаты правообладателем кадастрового учета и государственной регистрации в зависимости от состава недвижимой вещи.

Надо полагать, что применение Закона о кадастре будет скорректировано. Формирование составных недвижимых вещей – это давняя тенденция в общемировой практике¹⁴⁰.

За прошедшее десятилетие в России было сформировано множество единых землепользований и комплексных сооружений, которые останутся в обороте, а сведения о них сохранятся в государственном кадастре недвижимости и в ЕГРП. В связи с этим, для дальнейшего развития законодательства о недвижимости требуется более совершенное учение об объектах гражданских прав, центральным понятием которого должно стать понятие правообъектности.

¹³⁹ См., например: Буров В.А. Составной земельный участок как разновидность недвижимой вещи // Адвокат. – 2006. – № 11.

¹⁴⁰ См.: Буров В.А. Указ. соч.

2.3. Понятие недвижимого имущества: проблема законодательного определения (Пятков Д.В., Савицкая П.В.)¹⁴¹

В 2003 году авторы Концепции развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе отмечали, что определение недвижимой вещи, содержащееся в п. 1 ст. 130 Гражданского кодекса РФ (далее по тексту – ГК РФ), «вряд ли нуждается в пересмотре»¹⁴². Происходившее до настоящего времени обновление гражданского законодательства также не коснулось законодательного определения недвижимости. Но последнее десятилетие в науке понятие недвижимости стало предметом активных дискуссий. Обсуждаются не просто признаки недвижимости и необходимость сколько-нибудь существенного изменения законодательства; в центре внимания оказалась суть недвижимых вещей. Причиной тому стало все менее эффективное правовое регулирование связанных с недвижимостью отношений, противоречивая судебная практика.

Корень проблемы – это вопрос о критериях отнесения вещи к недвижимости. Законодатель устанавливает критерий прочной связи с землёй и тут же разъясняет, что прочной будет считаться такая связь, которая исключает перемещение объекта без несоразмерного ущерба его назначению. Несмотря на формальную определенность критерия, его нельзя признать пригодным к практическому использованию. Современный уровень развития инженерной мысли и строительной техники позволяет успешно перемещать в пространстве внушительные по своим физическим характеристикам здания и сооружения. Уже только по этой причине определение недвижимости, сформулированное в п. 1 ст. 130 ГК РФ, не может быть удачным.

¹⁴¹ Статья впервые опубликована в журнале Правовая мысль в образовании, науке и практике. – 2018. – № 4. – С. 73–76.

¹⁴² Концепция развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе / Совет при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства; Исслед. центр частного права; Под общ. ред. В.В. Витрянского, О.М. Козырь, А.А. Маковской. – М.: Статут, 2004. – С. 8.

Среди множества предлагаемых в науке определений недвижимости есть и такое: «Недвижимость – вещь, которая может использоваться по своему назначению только в неразрывной связи с землей»¹⁴³. Н.Д. Егоров считает, что недвижимость – это объекты, которые «участвуют в гражданском обороте, оставаясь на месте их использования по назначению»¹⁴⁴. Также учеными предлагается рассматривать прочную связь с землей в более глубоком смысле, не в сугубо механистическом представлении, а в качестве социально-хозяйственной связи, существующей в представлениях оборота. К.А. Новиков отмечает: «Действительный смысл легального определения недвижимого имущества необходимо видеть в том, что недвижимостью закон признает все те объекты, физические характеристики которых предполагают их неизменное нахождение именно на том земельном участке, где эти объекты размещены природой или человеком. В отличие от формулы п. 1 ст. 130 ГК РФ это определение базируется не на исследовании, возможно ли пространственное перемещение какого-то объекта, а на выяснении, будет ли для него такое перемещение событием чрезвычайным или же вполне ординарным»¹⁴⁵. Эта мысль созвучна с § 297 Австрийского гражданского уложения: «...к недвижимым вещам относятся те, которые возведены на земле с тем, чтобы они всегда на ней оставались, такие, как дома и другие здания». Разрешая вопрос о том, является вещь движимой или недвижимой, необходимо узнать, свидетельствуют ли ее физические качества в пользу того, чтобы она неизменно находилась именно на данном участке земли: если это установлено, вещь следует признать недвижимой.

Некоторые представители науки гражданского права иногда ограничиваются констатацией оценочного характера понятия «недвижимая вещь», находя в этом положительное свойство действующего законодательства. Так, А.В. Швабауэр пишет, что «иногда точные определения способны лишь

¹⁴³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая (постатейный) / Под ред. Н.Д. Егорова, А.П. Сергеева. – М., 2005. – С. 305.

¹⁴⁴ Егоров Н.Д. Проблемы разграничения движимых и недвижимых вещей в гражданском праве // Вестник ВАС РФ. – 2012. – № 7. – С. 29.

¹⁴⁵ Новиков К.А. Понятие недвижимого имущества в гражданском законодательстве // Вестник ВАС РФ. – 2014. – № 5. – С. 3.

усложнить регулирование, поскольку не могут охватить все потенциальные жизненные ситуации», и полагает, что «для оценки вопроса о связи построенного объекта с землей должен применяться комплексный подход»¹⁴⁶. К.А. Новиков считает, что «понятие недвижимости следует признать оценочным: вопрос о том, относится ли объект к вещам движимым или недвижимым, в спорных случаях должен разрешаться по свободному, не стесненному какими-либо техническими или регистрационными формулярами усмотрению суда, который не связан ни выводами технических экспертов, ни даже фактом предшествующей регистрации прав на эту вещь как на недвижимость»¹⁴⁷. Вместе с тем, как отмечает В.А. Алексеев «наличие в законодательстве оценочных понятий не означает, что и законодатель, и правоприменители не должны стремиться к тому, чтобы были разработаны как можно более точные критерии оценки. Это в полной мере относится и к понятию недвижимой вещи, поскольку ошибка в вопросе об отнесении вещи к недвижимости может стоить очень дорого»¹⁴⁸.

В Германском праве закреплена концепция единого объекта недвижимости – строения, прочно связанные с землей, не признаются самостоятельными объектами права, а образуют вместе с земельным участком единый объект. В соответствии с § 94 Гражданского уложения Германии, все прочно связанные с земельным участком предметы, в частности здания и сооружения, являются существенными составными частями земельного участка¹⁴⁹. Эту конструкцию единой вещи Е.А. Баранова признает наиболее рациональной моделью юридического соединения земельного участка и прочно связанных с ним объектов, и считает необходимым ее закрепление в российском законодательстве¹⁵⁰. Реализация данной концепции – это еще один

¹⁴⁶ Швабауэр А.В. Государственная регистрация прав на недвижимость и признаки недвижимости // Закон. – 2010. – № 8. – С. 141.

¹⁴⁷ Новиков К.А. Понятие недвижимого имущества в гражданском законодательстве // Вестник ВАС РФ. 2014. № 5. – С. 3.

¹⁴⁸ Алексеев В.А. Прочная связь с землей как единственный критерий недвижимой вещи // Вестник экономического правосудия РФ. – 2017. – № 12.

¹⁴⁹ Гражданское уложение Германии. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – С. 89.

¹⁵⁰ Баранова Е. А. Оборот недвижимости в российском и германском праве: сравнительное исследование. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005. С. 13–14.

из способов поставить точку в спорах о движимом или недвижимом характере отдельных объектов. Р.С Бевзенко отмечает, что идея единого объекта недвижимости используется судами при разрешении дел и это свидетельствует о том, что через практику высшей судебной инстанции эта идея начала складываться в современном российском праве¹⁵¹.

Например, в Ростовской области было зарегистрировано право АО «Азовский завод стройматериалов» на земляную насыпь на песчаной подушке¹⁵². Суд первой инстанции признал действия регистрирующего органа правомерными, суд кассационной инстанции расценил поведение регистратора как незаконное. В центре внимания оказался объект, квалификация которого в качестве недвижимой вещи весьма проблематична. С одной стороны, на поверхности земли появились заметные изменения, ставшие результатом хозяйственной деятельности и эти изменения подходят под критерий, указанный законодателем. Произошло изменение рельефа земельного участка за счет добавления грунта. С другой стороны, изменения рельефа не привели к тому качественному изменению на поверхности земли, которое мы привыкли наблюдать в случае с постройкой зданий, и которое у нас прочно ассоциируется с градостроительным законодательством и предусмотренной этим законодательством разрешительной документацией.

Подобные дела неоднократно становились предметом рассмотрения высших судебных инстанций. Более того, в деле о земляной насыпи точки над *i* пришлось расставлять именно ВАС РФ. Несмотря на то, что в материалах дела имелось разрешение уполномоченного органа власти на создание насыпи (выполнение подготовительных работ по организации рельефа земельного участка), был изготовлен технический паспорт на спорный объект, даже результаты судебной экспертизы позволяли думать, что насыпь является объектом незавершенного строительства, ВАС РФ усомнился не только в том,

¹⁵¹ Бевзенко Р.С. Земельный участок с постройками на нем: введение в российское право недвижимости [Электронное издание]. – М.: М-Логос, 2017. – 80 с.

¹⁵² См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 26 января 2010 г. № 11052/09 [Электронный ресурс]. URL: http://www.arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id_casedoc=1_1_e52bcec9-9113-42be-acd4-56e40c15c04b (дата обращения: 05.10.2018).

является ли земляная насыпь недвижимостью, он поставил под вопрос ее существование как объекта гражданских прав вообще, хотя бы даже движимого. В постановлении ВАС РФ, в частности, сказано: «судам, основываясь на фактическом описании объекта, изложенном в заключении эксперта, следовало определить, имеется ли на земельном участке самостоятельный объект недвижимого имущества, отвечающий признакам, указанным в пункте 1 статьи 130 Кодекса, а именно, привели ли на данной стадии строительства выполненные обществом работы к появлению на земельном участке объекта недвижимого имущества, отличного от собственно самого земельного участка, хотя и прочно с ним связанного, чье перемещение без причинения ущерба, несоизмеренного назначению, невозможно». Является ли насыпь чем-то отличным от земельного участка или она составная часть этого участка? Над этим вопросом ВАС РФ предложил задуматься нижестоящим судам при новом рассмотрении дела.

В конечном счете город Азов (истец) предъявил иск к АО «Азовский завод стройматериалов» (ответчик) о признании отсутствующим права собственности ответчика на объект незавершенного строительства (земляную насыпь на песчаной подушке) и об освобождении земельного участка от насыпи. Удовлетворяя иск Арбитражный суд Ростовской области отметил в своем решении, что «сама по себе земляная насыпь на песчаной подушке не может быть отнесена к объектам недвижимого имущества, так как по своей природе представляет собой улучшения земельного участка, предназначенные для его подготовки к дальнейшему использованию»¹⁵³.

В приведенном деле наряду с критерием прочной связи с землей был использован такой критерий, как самостоятельность объекта. Земляная насыпь рассмотрена как составная часть земельного участка, на котором она расположена. Данный критерий получил широкое распространение, и многие цивилисты предлагают дополнить им определение недвижимости в ст. 130 ГК

¹⁵³ См.: Решение Арбитражного суда Ростовской области от 29 апреля 2013 г. по делу № А53-3119/13 [Электронный ресурс]. URL: <http://sudact.ru/arbitral/doc/qg8AUxkYnUmC/> (дата обращения: 05.10.2018).

РФ. Главная причина, по которой суды не признают подобные объекты недвижимыми вещами, состоит в том, что они вообще вещами не являются. В связи с этим нельзя говорить об их прочной связи с землей, о том, что они выступают в качестве сооружений, и что они обслуживают земельный участок, нельзя рассуждать об их самостоятельном функциональном назначении. Они – результаты работ по улучшению (благоустройству) соответствующего земельного участка. Понятие недвижимости отходит на второй план. Законодательному определению недвижимости внимание почти не уделяется. Когда, например, ВАС РФ пишет в своем постановлении от 17 января 2012 г. № 4777/08, что судам следовало определить, имеется ли на земельном участке самостоятельный объект недвижимого имущества, отвечающий признакам, указанным в п. 1 ст. 130 ГК РФ, хорошо заметен акцент не на слове «недвижимость», а на словосочетании «самостоятельный объект». Другим словами, судам предлагается в первую очередь выяснить, существует ли объект гражданских прав, а потом обсудить, является ли он недвижимостью. Как можно обсуждать вопрос о том является ли объект недвижимостью, если нет уверенности в существовании самого объекта? То есть сначала необходимо признать существование на земельном участке предметов, отличных от земельного участка, на котором они расположены, а потом переходить к обсуждению вопроса о наличии у этих предметов признаков недвижимости.

В проекте федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁵⁴ содержалось следующее положение: «Земельный участок и находящееся на нем здание, сооружение, объект незавершенного строительства, принадлежащие на праве собственности одному лицу, признаются единым объектом и участвуют в гражданском обороте как одна недвижимая вещь», данное положение следовало бы рассматривать как

¹⁵⁴ О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации: проект федерального закона № 47538-6 [Электронный ресурс]. URL: СПС «Консультант Плюс» (дата обращения: 05.10.2018).

большой шаг в сторону законодательного закрепления концепции единого объекта недвижимости, но в дальнейшем, при разделении единого законопроекта о реформе ГК РФ на части, поправки в ст. 130 оказались не в тексте той части законопроекта, которая была посвящена объектам гражданских прав, а по какой-то причине были включены в текст части проекта, реформирующей вещные права (которая, по задумке авторов реформы, должна была приниматься самой последней). Поправки не приняты до сих пор.

В этой связи представляется интересным проект федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации в части совершенствования гражданского оборота недвижимости и создания режима единого объекта недвижимости»¹⁵⁵, разработанный Министерством экономического развития РФ в 2017 году по поручению Правительства РФ. Ведомство предлагает квалифицировать все здания как объекты недвижимости. К ним не будет применяться универсальное требование о наличии неразрывной связи с землей: «К недвижимым вещам (недвижимое имущество, недвижимость) относятся земельные участки, участки недр, здания». Критерий прочной связи с землей будет сохранен для сооружений. Кроме того, вводятся два новых критерия, которые уже давно используются судами: самостоятельное хозяйственное назначение и способность присутствовать в обороте независимо от других вещей: «Сооружения являются недвижимостью, если они прочно связаны с землей, то есть их перемещение без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, имеют самостоятельное хозяйственное значение и могут выступать в гражданском обороте обособленно от других вещей». При этом перечень видов сооружений, которые нельзя считать недвижимостью, согласно законопроекту определит Правительство РФ. Возникает вопрос, если данные сооружения не недвижимость, чем же они являются? Представляется, что такие сооружения будут являться составной частью земельного участка и будут следовать его судьбе, возможно, это свидетельствует о том, что

¹⁵⁵ О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации в части совершенствования гражданского оборота недвижимости и создания режима единого объекта недвижимости: проект федерального закона [Электронный ресурс]. URL: <http://regulation.gov.ru/projects#npr=62515> (дата обращения: 05.10.2018).

концепция единого объекта недвижимости всё же постепенно «внедряется» в наше законодательство. Наконец, изменяются правила и для объектов незавершенного строительства. Чтобы считаться недвижимостью, они должны отвечать установленным Правительством РФ критериям. Из карточки законопроекта следует, что Минэкономразвития РФ хочет считать незначительные постройки и улучшения частью участка. Ведомство ссылается на исследования законодательства зарубежных стран, опыт которых лег в концепцию законопроекта.

В целом цивилистами проект оценивается положительно. Есть основания думать, что судебная практика имеет правильный вектор развития, сформированное судами представление о недвижимости учтено законодателем.

Раздел 3. Проблема сделок в гражданском праве

3.1. Сделки и административные акты как основания гражданских правоотношений (Пятков Д.В.)¹⁵⁶

К числу оснований возникновения, изменения и прекращения гражданских правоотношений действующим гражданским законодательством отнесены сделки, акты государственных органов и органов местного самоуправления (статья 8 ГК РФ). В ГК РФ эти юридические факты названы в различных подпунктах пункта 1 статьи 8. Такая структура статьи 8 ГК РФ, а также общепринятые в науке представления о системе юридических фактов позволяют многим юристам утверждать, что сделки и акты государственных органов (органов местного самоуправления) являются различными, а именно - противоположными по своей правовой природе основаниями гражданских правоотношений. Акты указанных органов являются актами публичной власти, а сделки лишены такого свойства, публичная власть в сделках не проявляется. С таким подходом можно было бы полностью согласиться, если бы не два обстоятельства.

Во-первых, долгое время в научной и учебной литературе предлагалось несколько иное противопоставление юридических фактов: сделки противопоставлялись *административным актам*. С принятием ГК РФ место административных актов в предлагаемой учеными системе юридических фактов стали занимать *акты государственных органов и органов местного самоуправления*. Такое изменение в классификации оснований возникновения гражданских правоотношений производится авторами без каких-либо пояснений. В некоторых работах последних лет одновременно используются термины "административный акт" и "акт государственного органа (органа местного самоуправления)". Причем, в исходной классификации юридических фактов вслед за сделками по традиции называют все же административные

¹⁵⁶ Статья впервые опубликована в журнале Современное право. – 2002. – № 10. – С. 11–15.

акты, а не акты государственных органов и органов местного самоуправления¹⁵⁷. Эти обстоятельства позволяют задать один важный для правоприменительной практики вопрос: **всякий ли акт государственного органа (органа местного самоуправления) является административным актом?**

Во-вторых, противопоставление актов государственных органов и органов местного самоуправления сделкам приводит нас к абсурдному выводу: Российская Федерация, субъекты РФ и муниципальные образования не могут совершать сделки, несмотря на то, что они являются субъектами гражданского права. Дело в том, что Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования действуют, участвуют в правоотношениях, как правило, через свои органы, то есть посредством актов уполномоченных государственных органов и органов местного самоуправления. Это обстоятельство позволяет задать другой немаловажный вопрос: **не являются ли сделками некоторые акты государственных органов и органов местного самоуправления?**

В настоящее время велико практическое значение такой постановки вопроса. В связи с тем, что Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования являются крупнейшими собственниками, очень часто среди оснований имущественных правоотношений можно обнаружить распоряжения, постановления, указы, приказы и другие акты уполномоченных государственных органов (органов местного самоуправления). Применимы ли к ним нормы о сделках, в том числе об оферте и акцепте? От ответа на все поставленные выше вопросы зависит и вывод о юридической природе тех отношений, в рамках которых уполномоченными органами принимаются решения. Если придерживаться мнения, что акт уполномоченного органа не сделка и никогда не может ею быть, то значительное число имущественных отношений по такому формальному основанию останется за пределами действия гражданского права. Такова логика рассуждений многих авторов при

¹⁵⁷ См., например: Гражданское право. Часть I. Учебник / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. – М.: Издательство ТЕИС, 1996. – С. 84.

анализе общественных отношений, возникающих в процессе предоставления государственных и муниципальных земельных участков в постоянное (бессрочное) пользование или в собственность гражданам и юридическим лицам.

Так, например, О.И. Крассов пишет: «Приобретение права частной собственности на земельные участки в порядке приватизации может осуществляться на основании заключения договоров купли-продажи земельного участка или на основании административного акта-решения соответствующего органа о предоставлении земельного участка в собственность»¹⁵⁸. Из приведенной цитаты можно сделать вывод, что отношения с одним и тем же субъектным составом и по поводу одной и той же разновидности объектов гражданских прав имеют различную отраслевую принадлежность. С договором как основанием возникновения права частной собственности на земельный участок О.И. Крассов связывает приобретение земельного участка в собственность на торгах и приватизацию земельного участка при приватизации государственных и муниципальных предприятий. Надо полагать, что во всех остальных случаях основанием приобретения гражданами и юридическими лицами права собственности на земельные участки является административный акт - решение уполномоченного государственного органа или органа местного самоуправления. Вот как О.И. Крассов описывает процедуру предоставления земельного участка на основании административного акта: «Для приобретения права собственности на земельный участок необходимо, чтобы, во-первых, было принято решение о предоставлении земельного участка соответствующим органом; во-вторых, осуществлен отвод земли в натуре (на местности) и, в-третьих, произведено правовое оформление предоставления земельного участка»¹⁵⁹. Забытым оказалось только одно действие - заявление потенциального собственника, адресата властного решения государственного органа или органа местного

¹⁵⁸ Крассов О.И. Право частной собственности на землю. – М.: Юрист, 2000. – С. 65.

¹⁵⁹ Указ. соч. – С. 80.

самоуправления. Однако если волеизъявлению будущего собственника придать значение обязательного элемента в юридическом составе возникновения права частной собственности на земельный участок, то под сомнением окажется административно-правовая природа решения уполномоченного органа. Это решение перестанет быть властным и займет место среди примеров оферты или акцепта, влекущих заключение договора путем обмена документами. Инициатором изменения отношений по поводу земельного участка может быть не только лицо, владеющее земельным участком на каком-либо ограниченном вещном праве, но и уполномоченный государственный орган или орган местного самоуправления. Но от того, кто будет инициатором, равным счетом ничто не зависит, поскольку стать собственником земельного участка – это право, а не обязанность гражданина или юридического лица¹⁶⁰. Когда об этом забывают, на практике случается, что одним решением местной администрации все жители населенного пункта могут быть объявлены собственниками принадлежащих им земельных участков. Причем у жителей не только не спросят на это согласие, но даже не известят их о состоявшихся изменениях¹⁶¹.

Другой пример. По мнению Н.И. Клейн, утвержденный соответствующим комитетом по управлению имуществом план приватизации является административным актом, который порождает право требовать заключения договора купли-продажи приватизируемого объекта¹⁶². Автор не уточняет, какому подвластному лицу адресован такой административный акт, на кого возлагается обязанность продать или купить имущество. Комитет по управлению имуществом является органом соответствующего собственника,

¹⁶⁰ Например, в соответствии с пунктом 3 Указа Президента РФ от 27 октября 1993 года № 1767 «О регулировании земельных отношений и развитии аграрной реформы в России» граждане, получившие земельные участки в пожизненное наследуемое владение бессрочное (постоянное) пользование либо взявшие их в аренду имеют **право** на предоставление и выкуп этих участков в собственность (см.: Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации. – 1993. – № 44. – Ст. 4191). О **праве** граждан на получение земельных участков в собственность было сказано и в названии соответствующего Закона РФ от 23 декабря 1992 года (см.: Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 1993. – № 1. – Ст. 26).

¹⁶¹ О некоторых других случаях, когда пренебрежение волеизъявлением адресата решения уполномоченного органа приводило к неверной квалификации правоотношений и к нарушению гражданских прав, см.: Пятков Д. Отчуждение публичной собственности: вопросы правового регулирования // Хозяйство и право. – 1998. – № 6. – С. 91–98.

¹⁶² См., например, Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Отв. ред. О.Н. Садилов. – М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 1998. – С. 26.

например, субъекта РФ, действует от его имени. В конечном счете, правосубъектность именно республик, краев или областей, действующих через различные свои органы, проявляется и при утверждении плана приватизации, и при создании акционерного общества, и при заключении договора купли-продажи. Каковы основания считать, что правосубъектность эта не гражданская, а публичная, например, административная? Почему потенциальный покупатель должен рассматривать план приватизации как административный акт, а не сделку субъекта РФ, направленную на достижение тех же последствий, что и заключаемый в дальнейшем договор купли-продажи государственного или муниципального имущества? Объявление о предстоящей продаже имущества, приглашение к заключению договоров часто используется в обычной хозяйственной деятельности и при этом не является административным актом (статья 437 ГК РФ).

В юридической литературе нередко встречаются и другие вызывающие сомнение выводы о юридической природе решений, принимаемых государственными органами и органами местного самоуправления. Причина, по которой подобный анализ получил распространение, возможно, заключается в том, что постановления, распоряжения и тому подобные акты уполномоченных органов Российской Федерации, субъектов РФ и муниципальных образований часто совершаются при осуществлении ими публично-властных функций. Действительно, например, постановление или распоряжение главы администрации субъекта РФ в большинстве случаев окажутся формой публично-властного волеизъявления (нормативным или административным актом). Все же, форма акта государственного органа или органа местного самоуправления не может считаться сколько-нибудь надежным критерием для решения вопроса о юридической природе этого акта. Форму решений уполномоченных органов, само по себе наличие таких решений нельзя воспринимать в качестве критерия для определения существа правоотношений, сопутствующих этим решениям. **Наличие в основе гражданского правоотношения акта государственного органа или органа**

местного самоуправления не означает непременно, что такое гражданское правоотношение возникло на основании административного акта, что гражданскому правоотношению предшествовало административное или иное публичное правоотношение. Будет признано то или иное решение уполномоченного органа административным актом, или его следует считать сделкой зависит не от формы решения, а от характера отношений, в рамках которых решение принимается. Допустимо ли вести речь об административном акте в том случае, когда государственным органом или органом местного самоуправления принято решение об удовлетворении имущественных притязаний гражданина или организации, адресованных, соответственно, Российской Федерации, ее субъекту или муниципальному образованию, или в тех случаях, когда актом уполномоченного органа гражданину, организации предлагается вступить в какие-либо имущественные правоотношения, вовсе необязательные для этих субъектов? Если структура конкретной правовой связи не соответствует нашим представлениям о власти и подчинении, основанном на государственном принуждении, нет оснований утверждать, что какое-либо решение, принятое участником этого правоотношения, является административным (властным) актом.

В статье 4 ГК РСФСР 1964 года¹⁶³, в статье 3 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 года¹⁶⁴ среди оснований возникновения гражданских прав были упомянуты административные акты, то есть властные акты уполномоченных государственных органов. В ГК РФ такой юридический факт не назван, но им предусмотрено, что гражданские права и обязанности могут возникать из актов государственных органов и органов местного самоуправления (статья 8). На первый взгляд ничего не изменилось, если учесть, что административные акты, известные прежнему гражданскому законодательству, также исходили от уполномоченных государственных органов. Но зачем потребовалось менять достаточно краткий и емкий термин

¹⁶³ Ведомости Верховного Совета РСФСР. – 1964. – № 24. – Ст. 406.

¹⁶⁴ Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. – 1991. – № 26. – Ст. 733.

«административный акт» на новое словосочетание «акты государственных органов и органов местного самоуправления»? Органы местного самоуправления не лишены властной компетенции, местное самоуправление – это способ выражения власти народа. При прежнем подходе законодателя к основаниям возникновения гражданских правоотношений не потребовалась бы замена привычной терминологии. В крайнем случае, чтобы подчеркнуть роль органов местного самоуправления, можно было написать: «административные акты государственных органов и органов местного самоуправления».

Изменение терминологии произошло не случайно и объясняется существующей классификацией субъектов гражданского права. Российская Федерация, субъекты РФ и муниципальные образования признаются лицами гражданского права, участвующими в имущественных отношениях на равных началах с гражданами и юридическими лицами, а, следовательно, способными заключать гражданско-правовые договоры и совершать односторонние сделки (глава 5 ГК). Такие лица как Российская Федерация, субъекты РФ и муниципальные образования известны и публичному праву, являются носителями публичной власти. Во все эти разноотраслевые отношения они вступают через одни и те же государственные органы или органы местного самоуправления: Правительство РФ, глав администраций, комитеты и т.п. Через решения одних и тех же органов реализуется как публично-правовая, так и гражданская правоспособность Российской Федерации, субъектов РФ и муниципальных образований. Потому акты государственных органов и органов местного самоуправления могут быть как публично-властными (административными) актами, так и сделками (сделка, с точки зрения классификации юридических фактов, - тоже акт). Данное обстоятельство и было учтено законодателем при замене термина «административный акт» на более широкий по значению термин «акты государственных органов и органов местного самоуправления». Не имеет особого значения форма акта. Важным является его содержание. Например, постановление Правительства РФ – это форма не только нормативного или административного акта, это форма

решения одного из органов Российской Федерации. Нормативный акт такое решение, или акт административный, или сделка зависит от его содержания. В законодательстве форма решений уполномоченных органов не дифференцирована в зависимости от того, участниками каких правоотношений становятся Российская Федерация, субъекты РФ и муниципальные образования, действуя через эти органы. **Нужно всегда быть готовым к тому, что указ Президента РФ, распоряжение министерства или акт какого-либо иного органа окажется по своему содержанию офертой, акцептом или иной односторонней сделкой, то есть действием, направленным на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (статья 153 ГК РФ).**

Вот лишь несколько примеров анализа с использованием идеи неоднородности актов государственных органов и органов местного самоуправления. Постановлением Правительства РФ от 30 июня 2001г. № 490 утверждено Положение «О передаче религиозным организациям находящегося в федеральной собственности имущества религиозного назначения»¹⁶⁵. Положением предусмотрено, что безвозмездная передача религиозным организациям имущества в собственность осуществляется Минимуществом РФ на основании решения Правительства РФ после письменного обращения религиозной организации. Имущество религиозного назначения передается религиозным организациям в собственность «для использования его в функциональных целях». Другими словами, право собственности религиозных организаций на полученное таким образом имущество в некоторой степени ограничено. Имущество не может быть использовано в иных не функциональных целях. Кроме того, полученное имущество религиозная организация вправе использовать только в соответствии с целями деятельности, которые определены ее уставом. Очевидно, что в данном случае о каких-либо отношениях власти и подчинения говорить не приходится. Религиозная организация свободна в решении вопроса: обращаться с просьбой о передаче

¹⁶⁵ Российская газета. – 2001. – 11 июля.

имущества или не обращаться. Российская Федерация как собственник свободна в решении вопроса: передавать или не передавать религиозной организации имущество, указанное в обращении. Хотело того Правительство РФ или нет, но в Постановлении оказалась воспроизведенной модель отношений дарения, причем той их разновидности, которая именуется пожертвованием (статья 582 ГК РФ). Обращение религиозной организации это, несомненно, оферта, а решение Правительства (например, постановление) – акцепт. В итоге заключается договор дарения путем обмена документами. В таком случае Российская Федерация может требовать отмены пожертвования и возврата имущества в федеральную собственность, если оно используется не в функциональных целях, или не в соответствии с целями деятельности религиозной организации, определенными ее уставом, или обращение одаряемого с подаренной вещью создает угрозу ее безвозвратной утраты. Заметим, что в самом Положении «О передаче религиозным организациям находящегося в федеральной собственности имущества религиозного назначения» вопрос об отмене состоявшейся передачи имущества не решен, что делает весьма важным вывод о гражданско-правовой природе отношений, о применении к ним норм главы 32 ГК РФ.

Другой пример. В соответствии с Указом Президента РФ от 20 февраля 2002 года № 191 находящиеся в федеральной собственности акции ОАО «Научно-производственного объединения «Химвавтоматика» подлежат передаче в собственность города Москвы¹⁶⁶. Из Указа можно сделать вывод, что правительство Москвы, найдя поддержку в Правительстве РФ, предлагает передать 60% акций ОАО в государственную собственность города. Это предложение принято, акции будут переданы в собственность города Москвы по их рыночной стоимости. С юридической точки зрения правомерным будет следующее описание сложившейся ситуации: город Москва, как субъект гражданского права и будущий собственник акций, действуя через свое правительство, обращается к Российской Федерации как субъекту

¹⁶⁶ Российская газета. – 2002. – 22 февраля.

гражданского права и настоящему собственнику акций с предложением о продаже пакета акций. Окончательное решение Российская Федерация принимает через Президента. Именно через него Российская Федерация выражает свою волю, соглашаясь на возмездное отчуждение акций. При таком подходе, Указ Президента следует признать акцептом, совершенным Российской Федерацией как собственником акций и продавцом. Оферта была направлена городом Москвой раньше при обращении к Российской Федерации, которая, принимая оферту к рассмотрению, действовала через Правительство.

Сомнение вызывает и административно-правовая сущность некоторых видов лицензирования, например лицензирование деятельности, связанной с использованием недрами. В соответствии со статьей 1.2. Закона РФ «О недрах», недра являются государственной собственностью. Вопросы владения, пользования и распоряжения недрами находятся в совместном ведении Российской Федерации и субъектов РФ. Федеральные органы и органы субъектов РФ осуществляют лицензирование недропользования. В связи с этим возникает вопрос: зачем нужна указанным лицам публичная власть для определения условий пользования недрами и выбора субъектов недропользования, если для решения всех этих вопросов им достаточно правомочий собственника? Есть основания полагать, что в отличие от большинства случаев, когда лицензирование происходит в рамках административно-правового отношения и увеличивает объем дееспособности субъекта¹⁶⁷, выдача лицензии на пользование недрами является сделкой и приводит к возникновению конкретных субъективных гражданских прав на конкретный участок недр.

Административные акты не часто становятся основанием гражданских правоотношений. С учетом вышеизложенного следует признать, что сфера их применения в таком качестве еще уже. При этом значительная часть актов

¹⁶⁷ Подробнее о влиянии лицензирования на правосубъектность юридических лиц см.: Пятков Д.В. Коммерческие организации: проблемы приобретения дееспособности // Российский юридический журнал. – 1998. – № 1. – С. 84 - 89.

государственных органов и органов местного самоуправления допускает применение к ним гражданско-правовых норм, в частности, норм о сделках¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Из числа последних научных работ по теме, затронутой в настоящей статье, следует отметить диссертацию Д.В. Петрова. Одно из положений диссертации сформулировано следующим образом: «Различные действия собственников имущества учреждений, унитарных предприятий в отношении имущественных комплексов данных лиц являются односторонними сделками. К последним следует отнести, в том числе, действия по закреплению имущества на праве хозяйственного ведения, праве оперативного управления и по изъятию имущества; дача согласия собственником учреждениям и унитарным предприятиям на распоряжение тем или иным имуществом (ст. ст. 295, 297, 576 ГК). Для публичных собственников охарактеризованные сделки могут совершаться в форме соответствующих индивидуальных ненормативных актов органа, уполномоченного на основании ст. 125 ГК представлять собственника. Однако форма акта не изменяет сущности юридического факта (сделка)» (см.: Петров Д.В. Право хозяйственного ведения и право оперативного управления в системе вещных прав // Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. - Санкт-Петербург, 2002. – С. 10). Защита прошла успешно.

3.2. Оспоримые сделки и нотариат: антиномия российского права

(Пятков Д.В.)¹⁶⁹

1. Вряд ли кто-то станет отрицать, что существуют оспоримые сделки. Пожалуй все согласятся и с тем, что некоторые сделки подлежат нотариальному удостоверению. При таких аксиомах отечественного права совсем не очевиден ответ на вопрос: возможно ли нотариальное удостоверение оспоримых сделок? К сожалению, институт оспоримых сделок и законодательство о нотариате как бы не замечают друг друга. Между тем, два обстоятельства заставляют обратить особое внимание на эту ситуацию и дать ответ на поставленный вопрос:

- оспоримость стала общим последствием нарушения законодательства сторонами сделок при их совершении;

- возросло количество сделок, подлежащих обязательному нотариальному удостоверению. Таким образом, как никогда велика вероятность встречи нотариуса и лиц, совершающих оспоримую сделку.

Нотариальному удостоверению оспоримой сделки препятствует правило ст. 163 ГК РФ о том, что нотариальное удостоверение сделки означает проверку законности сделки, а оспоримые сделки нарушают закон. Но отказ в нотариальном удостоверении оспоримой сделки входит в противоречие с основной идеей законодателя об оспоримых сделках: эти сделки действительны, только суд их может признать недействительными (ст. 166 ГК РФ). Выходит, нотариус в случае с оспоримой сделкой отказывает в удостоверении действительной сделки? Обнаруженное здесь противоречие побуждает нас в дальнейшем посмотреть на институт оспоримых сделок с учетом законодательства о нотариате, а правила о нотариальном удостоверении сделок соотнести с институтом оспоримых сделок.

2. Для начала заметим, что законодатель предусматривает различные последствия нарушений закона и не склонен к тому, чтобы безусловно

¹⁶⁹ Статья впервые опубликована в журнале Нотариальный вестник. – 2016. – № 7. – С. 25–33.

связывать нарушения с недействительностью сделок. Тем более не настаивает он на ничтожности сделок всякий раз, когда они нарушают требования закона. В сам деле, есть ли у нас есть право рисковать, совершая оспоримые сделки в расчете на то, что никому не захочется их оспаривать? Можем ли мы полагаться на авось, игнорируя при продаже доли преимущественное право покупки сосособственников, надеясь, что никто из них не потребует перевода на себя прав по такой сделке? Запрещено ли нам доверять друг другу и устно договариваться о крупном займе, имея некоторые основания думать, что не придется обращаться в суд и искать какие-то доказательства, кроме свидетельских? Совершение всех перечисленных выше действий – поведение не вполне по правилам, но в пределах нормы: сделка, нарушающая требования закона, обычно является всего лишь оспоримой, а из закона может следовать, что должны применяться другие последствия нарушения, вовсе не связанные с недействительностью сделки (п. 1 ст. 168 ГК РФ).

Это может показаться странным, но гражданский оборот, как правило, не обязан соответствовать какому-то юридическому идеалу. По мнению профессора К. Грефин фон Шлиффен «любой самостоятельный консенсус сторон ценится намного выше, чем совершенное решение, предложенное им третьим лицом». Это высказывание, сформулированное как основной принцип медиации, приводит в своей статье ученый и практикующий нотариус В.В. Ралько¹⁷⁰. Надо полагать, что совершенство решения, уступающего по своей ценности самостоятельному консенсусу сторон, определяется не только экономической результативностью решения, но и его соответствием законодательству. Выходит, законностью можно слегка пожертвовать ради консенсуса? Это предположение кажется особенно справедливым ввиду того, что К. Грефин фон Шлиффен скептически оценивает профессиональных юристов в качестве медиаторов. Заметим, что законность не названа среди принципов медиации в ст. 3 Федерального закона от 27 июля 2010 года № 193-

¹⁷⁰ Ралько В.В. Медиация. Сущность и технология // Федеральная Нотариальная Палата: [сайт]. URL: http://old.notariat.ru/press_2945_23.aspx.htm (дата обращения 25.05.2016).

ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»¹⁷¹.

Здесь уместно вспомнить и то обстоятельство, что термин «противоправность» в гражданском праве используется в различных значениях. Очень часто слово «противоправность» означает несоответствие поведения нормам права независимо от их источника. Похожим образом понимают противоправность авторы одного из юридических словарей¹⁷². Е.А. Суханов пишет так: «... противоправным в гражданском праве считается такое поведение, которое нарушает императивные нормы права либо санкционированные законом условия договоров...»¹⁷³. Существует и другая, весьма узкая трактовка противоправности: противоправно лишь то, что не просто не соответствует требованиям норм права, но нарушает их запреты¹⁷⁴. Много ли в гражданском праве прямых запретов? Очевидно, их меньше, чем прямых предписаний вести себя определенным образом. При узкой трактовке противоправности нарушение этих предписаний не может расцениваться как противоправное поведение. Но может быть это частное мнение отдельно взятого автора, и потому не стоит отказываться от негативной оценки всякой сделки, нарушающей как законодательный запрет, так и предписание?

Как бы то ни было, оспоримые сделки считаются действительными, пока они не будут оспорены (п. 1 ст. 166 ГК РФ), а они в большинстве случаев остаются без оспаривания¹⁷⁵. Строго говоря, оспоримые сделки ближе к

¹⁷¹ Собрание законодательства Российской Федерации. – 2010. – № 31. – Ст. 4162.

¹⁷² Новый юридический словарь / Под ред. А.Н. Азрилияна. М.: Институт новой экономики, 2006. – С. 786.

¹⁷³ Гражданско-правовая ответственность // Гражданское право: В 2 т. Том I: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: БЕК, 1998. – С. 440.

¹⁷⁴ Шахматов В.П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. – Томск: Изд-во Томского ун-та, 1967. – С. 131.

¹⁷⁵ Угрозу признания сделки недействительной не следует выдавать за саму недействительность. Не случайно, некоторые авторы, пишущие о недействительных сделках, вынуждены подчеркивать это обстоятельство, как бы реабилитируя оспоримые сделки в глазах юридического сообщества. Например, Н.Д. Шестакова утверждает: «... указание на то, что сделка является оспоримой, еще не влечет ее недействительности; она становится недействительной только при определенных условиях... В отсутствие данных условий сделка является действительной» (Шестакова Н.Д. Недействительность сделок. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. – С. 10.). Д.О. Тузов пишет об этом так: «...оспоримость связана с идеей действительности: сделка, несмотря на ее пороки, влечет положительные правовые последствия и не может считаться недействительной без судебного о том решения» (Тузов Д.О. Ничтожность и оспоримость юридической сделки: пандектное учение современное право. – М.: Статут, 2006. – С. 125.). Как видно из приведенной цитаты, связь оспоримости с идеей действительности заслуживает, по мнению Д.О. Тузова, особого внимания.

обычным действительным сделкам, а не к ничтожным сделкам. Факт существования оспоримых действительных сделок, то есть сделок, нарушающих нормы права, но вступающих в силу, свидетельствует о дифференцированном подходе законодателя к выбору мер реагирования на нарушения требований закона.

Несоблюдение преимущественного права покупки доли в праве общей собственности и нарушение правил о простой письменной форме сделки вообще находятся вне понятия оспоримых и ничтожных сделок, такие нарушения требований закона не могут повлечь недействительность сделок (п. 3 ст. 250 и п. 1 ст. 162 ГК РФ). Меры реагирования законодателя на такие нарушения настолько слабы, что их трудно считать санкциями, а сами нарушения кажутся вполне терпимыми:

- заинтересованный собственник может потребовать перевода на себя прав по сделке, совершенной с нарушением его преимущественного права покупки (ст. 250 ГК РФ). Но такая возможность существует у него весьма непродолжительное время, а заявление соответствующих требований в суде не угрожает самой сделке. Весьма вероятно, что никто из собственников вообще не пожелает воспользоваться своим преимуществом;

- нельзя ссылаться в суде на свидетельские показания (ст. 162 ГК РФ). Но можно использовать другие доказательства.

Таков метод гражданского права, оно регулирует нормальные общественные отношения, которые не всегда могут возникать и долго сохраняться в полном порядке. Гражданское право обычно очень снисходительно ко многим отклонениям от лучших образцов поведения, им же предложенных.

3. Но так существует гражданский оборот до появления нотариуса, государственного регистратора или иного официального регулятора. Они как бы заявляют: теперь все правоотношения будут строиться в соответствии с высшей планкой правомерности. Требование закона об обязательной нотариальной форме сделки – это не просто предписание сходить к нотариусу.

Это очень существенное изменение правового режима деятельности участников оборота, требующее заметной мобилизации сознания и вообще всех сил человеческих. Обязательное нотариальное удостоверение сделок – это существенное ограничение свободы оборота ради самих участников оборота (п. 2 ст. 1 ГК РФ), конституционное ограничение (п. 3 ст. 55 Конституции РФ), но все-таки – ограничение: это лишение права жить «как получится», это обязанность субъектов быть идеальными участниками гражданских правоотношений, хотя бы при совершении одной только сделки¹⁷⁶. Это трудно выдержать, потому и нотариальное удостоверение сделок не может быть повсеместным и всеобъемлющим.

Более того, когда гражданский оборот все же вводится законодателем в рамки высшего правопорядка, правоприменители (даже в виде официальных структур) не выдерживают этой напряженности правового регулирования. Так, например, согласно ст. 554 ГК РФ в договоре продажи недвижимости должны быть указаны данные, позволяющие определенно установить недвижимое имущество, подлежащее передаче покупателю по договору. При отсутствии этих данных в договоре условие о недвижимом имуществе, подлежащем передаче, считается не согласованным сторонами, а соответствующий договор не считается заключенным. Императивность норм очевидна, а содержание их вполне ясно: договор продажи недвижимости при его заключении должен содержать все сведения, индивидуализирующие предмет договора. Но Высший Арбитражный Суд Российской Федерации вынужден был предложить гражданскому обороту гораздо менее жесткие правила, существенно снизив требования к определенности предмета договора: в случае если в тексте договора купли-продажи недвижимой вещи недостаточно данных для индивидуализации проданного объекта недвижимости, однако они имеются, например, в акте приема-передачи, составленном сторонами во исполнение

¹⁷⁶ По мнению К.И. Скловского, «государственная регистрация формализует частно-правовые акты и ограничивает свободу участников – как в выборе формы волеизъявления, так и в определении содержания совершаемых действий» (Скловский К.И. О влиянии процедуры государственной регистрации на частные отношения // Хозяйство и право. – 2001. – № 8. – С. 123). Сказанное о государственной регистрации в полной мере относится и к нотариальному удостоверению.

заключенного ими договора, то такой договор не может быть признан незаключенным; в случае возникновения между сторонами договора купли-продажи будущей недвижимой вещи спора по поводу того, какая именно недвижимая вещь подлежит передаче покупателю во исполнение договора купли-продажи, суд на основании ст. 431 ГК РФ устанавливает действительную волю сторон, исходя из положений подписанного сторонами договора, иных доказательств по делу, а также принимая во внимание практику, сложившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон (п.п. 2 и 3 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 11 июля 2011 года № 54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем»¹⁷⁷).

А вот, что по этому поводу пишет К.И. Скловский: «...если юридический состав включает акт публично-правовой природы, то и частные акты, формирующие тот же состав, испытывают соответствующее влияние. Поэтому суд, рассматривающий споры, возникающие на почве частных отношений, не должен оставаться в свободной и неформальной сфере частного права, какой бы увлекательной она ни была сама по себе, но учитывать, что всякий раз, когда частный акт будет иметь публичный эффект, спор не исчерпывается лишь частными взаимоотношениями сторон»¹⁷⁸. В данном случае под актом публично-правовой природы можно понимать и акт нотариального удостоверения сделки, и акт государственной регистрации прав: и тот и другой совершается именем Российской Федерации. К.И. Скловский акцентирует внимание на регистрационных процедурах: «Публичный эффект государственной регистрации состоит как раз в том, что документы, представленные на регистрацию, являются единственными и исчерпывающими

¹⁷⁷ Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2011. – № 9.

¹⁷⁸ Скловский К.И. О влиянии процедуры государственной регистрации на частные отношения // Хозяйство и право. – 2001. – № 8. – С. 128.

и не могут допускать возможности дополнительных расследований и толкований»¹⁷⁹.

Примечательно, что доктрина в лице К.И. Скловского оказалась более императивной и менее снисходительной к нарушениям закона, нежели высшая судебная инстанция. Но если доктрина призвана показать объективные закономерности в правоприменении, то суд вынужден учитывать и те проблемы, с которыми может столкнуться гражданский оборот, если будет в точности следовать предписаниям законодателя. Чрезмерная увлеченность идеальными моделями поведения, насаждение в обществе абсолютной законности может закончиться откровенным саботажем в правоприменительной практике. Обязательства прекращаются невозможностью их исполнения – известная норма гражданского права, по-своему актуальна и для публичного права.

4. Каким же должно быть отношение нотариуса к тем нарушениям закона, с которыми он может столкнуться удостоверяя сделку? Нотариус обязан отказать в совершении нотариального действия в случае его несоответствия законодательству Российской Федерации или международным договорам (ст. 16 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 года № 4462-1¹⁸⁰). Нотариус отказывает в совершении нотариального действия, если совершение такого действия противоречит закону; если сделка не соответствует требованиям закона; если документы, представленные для совершения нотариального действия, не соответствуют требованиям законодательства (ст. 48 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 года № 4462-1).

Как совместить эти правила с идеей оспоримых сделок? Надо полагать, что нотариальное удостоверение оспоримых сделок недопустимо, а сделка, подлежащая нотариальному удостоверению, должна быть без порока, в полной мере соответствовать действующему законодательству. В этом-то и

¹⁷⁹ Скловский К.И. О влиянии процедуры государственной регистрации на частные отношения // Хозяйство и право. – 2001. – № 8. – С. 125.

¹⁸⁰ Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 1993. – № 10. – Ст. 357.

проявляется отмеченное выше ограничительное влияние норм о нотариальном удостоверении сделок на гражданские права и свободу гражданского оборота: процедура нотариального удостоверения сделок призвана исключить какое-либо несоответствие сделок законодательству, а тем самым ограничить сферу применения института оспоримых сделок, нормы которого базируются на законодательном допущении некоторой степени порочности сделок.

Деление сделок, нарушающих законодательство, на оспоримые и ничтожные – проблематично для случаев их нотариального удостоверения. Эту мысль можно было бы выразить и такими словами: для нотариуса все сделки, нарушающие законодательство, одинаково ничтожны. К такому выводу подводит бескомпромиссность законодательства о нотариате по отношению к сделкам, имеющим какой-либо юридический порок.

5. Нормы о нотариальном удостоверении сделок, требующие абсолютную их законность, можно рассматривать как специальные, по отношению к общим правилам о сделках, допускающим известную степень их порочности (оспоримость). Таков результат взаимодействия частного права (нормы о сделках) и публичного права (законодательство о нотариате), которое – по словам В.Ф. Яковлева – сильнее частного. Рассматривая соотношение частного и публичного права В.Ф. Яковлев пишет так: «Границы и сферы действия публичного права в чистом виде должны быть четко обозначены с тем, чтобы публичное право... не узурпировало бы, не присваивало бы себе то, что ему неподвластно»¹⁸¹. Поэтому, в законодательство о сделках и о нотариате целесообразно внести поправки, которые недвусмысленно определяли бы соотношение норм об оспоримых сделках и о нотариальном удостоверении сделок, исключая применение понятия «оспоримые сделки» для случаев совершения нотариальных действий.

Впрочем, если нотариус по какой-то причине удостоверит сделку, имеющую признаки оспоримости, деление сделок на оспоримые и ничтожные

¹⁸¹ Яковлев В.Ф. О взаимодействии публичного и частного права // Публичное и частное право: проблемы развития и взаимодействия, законодательного выражения и юридической практики / Материалы Всероссийской научно-практической конференции (23–24 апреля 1998 года). Екатеринбург: Изд-во УрГЮА, 1999. – С. 6.

сохранит свою актуальность. Некоторые пороки сделки трудно или невозможно выявить при удостоверении сделки, нотариальное удостоверение нельзя считать панацеей от любых нарушений закона. В глазах суда или участников гражданского оборота порочная сделка даже после ее нотариального удостоверения может быть оспоримой, то есть сохраняющей свою действительность до судебного признания ее недействительной. Но в глазах нотариуса, приступающего к удостоверению сделки, все порочные сделки должны быть одинаково недействительными.

Помимо прочего, предлагаемая конкретизация законодательства будет иметь и то важное значение, что станет хорошим поводом для обсуждения не только выгоды общества от усиления законности в гражданском обороте, но и потерь в виде существенного сокращения сферы действия института оспоримых сделок.

Библиографический список

1. Гражданско-правовая ответственность // Гражданское право: В 2 т. Том I: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: БЕК, 1998.
2. Новый юридический словарь / Под ред. А.Н. Азрилияна. М.: Институт новой экономики, 2006.
3. Ралько В.В. Медиация. Сущность и технология // Федеральная Нотариальная Палата: [сайт]. URL: http://old.notariat.ru/press_2945_23.aspx.htm (дата обращения 25.05.2016).
4. Скловский К.И. О влиянии процедуры государственной регистрации на частные отношения // Хозяйство и право. – 2001. – № 8.
5. Тузов Д.О. Ничтожность и оспоримость юридической сделки: пандектное учение современное право: Монография. – М.: Статут, 2006.
6. Шахматов В.П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия: Монография. – Томск: Изд-во Томского ун-та, 1967.
7. Шестакова Н.Д. Недействительность сделок: Монография. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001.

8. Яковлев В.Ф. О взаимодействии публичного и частного права // Публичное и частное право: проблемы развития и взаимодействия, законодательного выражения и юридической практики / Материалы Всероссийской научно-практической конференции (23-24 апреля 1998 года). – Екатеринбург: Изд-во УрГЮА, 1999.

3.3. «Вступление договора в силу» как проблемная категория гражданского права (Пятков Д.В.)¹⁸²

Хорошо известно, что судебное решение влечет правовые последствия далеко не сразу после его принятия. Например, согласно ст. 209 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации [5] решения суда вступают в законную силу по истечении срока на апелляционное обжалование, если они не были обжалованы. То есть, до указанного момента судебное решение есть, его можно обжаловать, исправить в нем ошибки. Это не проект судебного акта, до вступления в силу решение не находится на какой-то предварительной стадии принятия. Решение суда существует, а правовые последствия с ним связанные отсутствуют. Такое положение дел никого не смущает и всем понятно. Точно также понятно, что федеральный закон после того, как перестает быть проектом, не сразу начинает действовать. Согласно ст. 2 Федерального закона «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» [2] датой принятия федерального закона считается день принятия его Государственной Думой в окончательной редакции. Вступает же в силу федеральный закон по общему правилу по истечении десяти дней после дня его официального опубликования (ст. 6). Следовательно, Президент РФ подписывает не проект закона, а именно федеральный закон, существующий в его окончательном виде, также и «Российская газета» публикует нормативный акт, хотя и не имеющий пока силы, но существующий как официальный документ, как источник права.

Приведенные выше примеры призваны показать, что для существования какого-либо юридически значимого волеизъявления и документа вовсе не обязательно, чтобы это волеизъявление и соответствующий ему документ с самого начала своего существования влекли правовые последствия, на которые они были нацелены. Более того, возможно, что ни судебное решение, ни закон не вступят в силу никогда: судебное решение будет отменено вышестоящей

¹⁸² Работа ранее не публиковалась.

инстанцией, а закон не будет подписан Президентом РФ. Тем не менее, существование этих документов и выраженной в них воли уполномоченных субъектов останется несомненным фактом общественной жизни.

После этого странно выглядит гражданское законодательство с его безоговорочным утверждением, что договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения – ст. 425 Гражданского кодекса Российской Федерации [3] (далее – ГК РФ). Неужели всегда договор имеет силу и порождает правовые последствия для сторон? Неужели гражданско-правовым договорам не известно состояние, сравнимое с решением суда до истечения срока для обжалования или федеральным законом до его опубликования? Отчего так категоричен законодатель?

В действительности вопрос о вступлении в силу решен законодателем не так однозначно, как может показаться при чтении ст. 425 ГК РФ. Достаточно одной только категории сделок, совершенных под условием, чтобы перестала смущать категоричность ст. 425 ГК РФ. Согласно ст. 157 ГК РФ сделка считается совершенной под отлагательным условием, если стороны поставили возникновение прав и обязанностей в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит. Здесь не сказано прямо о вступлении сделки в силу, но иначе этот текст понять невозможно. Вряд ли в чем-то еще может проявиться сила договора, кроме как в появлении у сторон прав и обязанностей. Не случайно, в ст. 425 ГК РФ вступление договора в силу и его обязательность для сторон названы одновременно, а скорее всего обязательность и вступление в силу следует рассматривать как тождественные понятия для договора.

Разумеется, договоры (сделки), совершенные под условием, – не единственный пример, когда о вступлении договора в силу следует рассуждать как о самостоятельном этапе существования договора, не совпадающем с его заключением.

Есть еще два вопроса в гражданском праве, решение которых невозможно на пути отождествления моментов заключения договора и его вступления в

силу. Наиболее простым из них для разрешения является вопрос о значении государственной регистрации договора, о ее влиянии на договор.

Долгое время (до 2013 г.) гражданское законодательство хотя бы на первый взгляд казалось последовательным в регулировании государственной регистрации договоров в части определения последствий регистрации. Если ст. 164 ГК РФ указывала на необходимость регистрации сделок в случаях, предусмотренных законом, то ст. 433 ГК РФ с государственной регистрацией связывала момент заключения договора. Лишь в порядке исключения законом могло быть предусмотрено, что отсутствие регистрации влечет ничтожность договора (ст. 165 ГК РФ в прежней редакции). В общих положениях гражданского законодательства можно было обнаружить, что государственная регистрация сделки имеет порождающее (правоустанавливающее) значение: без регистрации сделки, желаемые для сторон последствия не наступают, сделки либо нет вообще, либо она ничтожна. Эта идея закреплялась и в некоторых специальных нормах, посвященных отдельным видам договоров, например в ст. 558, 560, 651, 658 ГК РФ. В двух последних статьях порождающее значение регистрации закреплено и теперь.

Могло сложиться впечатление, что позиция законодателя весьма четко отражена в тексте ГК РФ. Тем не менее, в теории и на практике распространение стал получать совершенно иной взгляд на государственную регистрацию сделок, на ее юридическое значение. Вот лишь некоторые примеры отклонения от буквального понимания п. 3 ст. 433 ГК РФ и других подобных норм.

Согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ, выраженной в определении от 5 июля 2001 г. № 154-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества «СЭВЭНТ» на нарушения конституционных прав и свобод положениями пункта 1 статьи 165, пункта 3 статьи 433 и пункта 3 статьи 607 Гражданского кодекса Российской Федерации» [1], государственная регистрация – как формальное условие обеспечения государственной, в том числе судебной, защиты прав лица,

возникающих из договорных отношений, объектом которых является недвижимое имущество, – призвана *лишь* удостоверить со стороны государства юридическую силу соответствующих правоустанавливающих документов. Согласно определению, отсутствие обязательной государственной регистрации договора аренды, само по себе не лишает заявителя права на судебную защиту. Таким образом, Конституционный Суд РФ не признал за государственной регистрацией порождающую функцию, но исключительно правоподтверждающую, то есть удостоверительную функцию.

Аналогичный подход к пониманию государственной регистрации договоров встречался и в арбитражной практике. В качестве примера можно назвать определение ВАС РФ от 15 октября 2007 г. № 12342/07 [7]. Отказывая в передаче дела в Президиум ВАС РФ, судебная коллегия отметила: «Суды не согласились с доводом налогового органа о неправомерности включения арендных платежей в расходы ввиду отсутствия государственной регистрации договоров аренды и обоснованно пришли к выводу об обоснованном включении обществом сумм арендных платежей в прочие расходы при исчислении налога на прибыль на основании подпункта 10 пункта 1 статьи 264 Налогового кодекса Российской Федерации, поскольку налоговым законодательством учет арендных платежей в расходах не связывается с наличием государственной регистрации».

Проф. Б.Л. Хаскельберг придерживался той точки зрения, согласно которой «...подписанный сторонами договор порождает юридическую связанность, означающую обязанность провести акт государственной регистрации сделки» [8, с. 327]. По его мнению, акт государственной регистрации сделки – это акт публично-правового характера, потому он не может влиять на заключенность договора [8, с. 330]. Б.Л. Хаскельберг различал заключение договора и приобретение договором юридической силы, то есть различал заключение договора и наступление того правового результата, к которому в итоге стремятся стороны. При этом, как следует из рассуждений автора, заключение договора происходит до его государственной регистрации, а значение регистрации, таким

образом, ограничивается вступлением в силу ранее заключенного договора [8, с. 330]. Вот еще одно высказывание Б.Л. Хаскельберга в том же духе: «...подписанный сторонами договор как взаимное согласованное свободное волеизъявление нельзя считать не имеющим никакого юридического значения...» [8, с. 332–333]. Далее он пишет: «...и незарегистрированный договор, надлежаще оформленный, соответствующий и другим требованиям закона, порождает определенную юридическую связь между сторонами, подписавшими его» [8, с. 333]. Б.Л. Хаскельберг утверждал, что из подписанного, но не зарегистрированного договора «возникает гражданское правоотношение между подписавшими его участниками, однако не то гражданское правоотношение, на установление которого он направлен и предусмотренное нормами, регулирующими договорные отношения данного вида» [8, с. 333]. Таким образом, Б.Л. Хаскельберг не отрицал большое юридическое значение государственной регистрации договора, но отказывался связывать с регистрацией момент его заключения: *договор заключается при его подписании, а в момент государственной регистрации он только вступает в силу*. Более того, из рассуждений Б.Л. Хаскельберга следует, что даже вступление договора в силу *начинается* до государственной регистрации, поскольку возникшие у сторон взаимные обязанности обратиться в уполномоченный государственный орган с заявлением о регистрации договора означают, что договор не только появился, но и начал действовать. Государственная регистрация приводит к *окончательному* вступлению договора в силу, придает ему *полную* юридическую силу, гарантирует сторонам достижение *основной* цели – приобретение имущества, получение денег и проч.

Следует признать, что буквальное понимание 3 ст. 433 ГК РФ и других подобных норм не было приемлемо ни тогда, ни сейчас. Государственная регистрация сделок никогда не могла выполнять правопорождающую (правоустанавливающую) функцию. Некоторые нормы ГК РФ, нормы других законов и здравый смысл позволяли утверждать, что договор считается

заключенным всегда до его государственной регистрации. Дело здесь не только в том, что объект регистрации должен существовать до его регистрации.

Во-первых, нужно обратить внимание на содержание ст. 165 ГК РФ: если сделка, требующая государственной регистрации, совершена в надлежащей форме, но одна из сторон уклоняется от ее регистрации, суд по требованию другой стороны вправе вынести решение о регистрации сделки. Эта норма является ярким подтверждением существования сделки до ее государственной регистрации. На каком основании сторона сделки может обратиться в суд, если сделка не существует вовсе? Если у стороны есть право что-либо требовать, значит есть обязанный субъект, следовательно, возникло правовое отношение, которое не может быть без основания. Когда мы отрицаем сделку до ее государственной регистрации, без оснований оказываются требования, названные в ст. 165 ГК РФ. Вряд ли можно найти какое-либо основание для этих требований, если не брать в расчет сделку. *Таким образом, не где-нибудь, а именно в ГК РФ содержалась норма (ст. 165), позволявшая утверждать о существовании сделки, подлежащей государственной регистрации, до ее регистрации. К настоящему времени эта норма не претерпела изменений.*

Во-вторых, следует учитывать тот факт, что в специальном законодательстве о государственной регистрации не получила закрепления и подтверждения идея п. 3 ст. 433 ГК РФ. Федеральный закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» [4], а теперь Федеральный закон «О государственной регистрации недвижимости» [6], приняты позднее ГК РФ и специально посвящены вопросам регистрации сделок. Законодатель, имея подходящий для этого повод, все же не включил в эти законы такую норму, согласно которой, сделка, подлежащая государственной регистрации, появляется в момент ее регистрации. Но некоторые положения законов о регистрации позволяют утверждать обратное: сделка, подлежащая государственной регистрации, появляется до ее регистрации. Из ст. 2 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» следовало, что

государственная регистрация сделок с недвижимым имуществом – юридический акт *признания и подтверждения* сделок государством. Именно так, *государство признает и подтверждает сделку, но не порождает ее*.

В-третьих, признавая договор заключенным в момент его государственной регистрации, мы принуждаем себя к выводу, что государственный регистратор принимает непосредственное участие в заключении договора. Более того, оказывается, что заключают договор не стороны, а заключает его государственный регистратор, причем без участия сторон и в тот момент, который только ему одному известен. Датой государственной регистрации является день внесения соответствующих записей в ЕГРН. Стороны договора при внесении записей обычно не присутствуют и узнают о состоявшейся регистрации позднее. Вот почему неизбежен весьма странный вывод: ни одна из сторон договора некоторое время не знает о том, что заключен договор с ее участием. *Здравый смысл в определении момента заключения договора гораздо легче сохранить, если признать, что заключают договор сами стороны до его государственной регистрации*.

Последовавшая затем реформа гражданского законодательства лишь обострила проблему государственной регистрации: новые нормы о государственной регистрации сделок вступили в очевидное противоречие со старыми правилами о регистрации договоров; размежевание таких моментов времени, как заключение договора и вступление его в силу, стало наилучшей перспективой устранения этого противоречия. Согласно ст. 164 ГК РФ в новой редакции, в случаях, если законом предусмотрена государственная регистрация сделок, правовые последствия сделки наступают после ее регистрации. Это правило очень похоже на определение сделки, совершенной под условием, с той разницей, что там говорится об отложенном возникновении прав и обязанностей, а здесь о наступлении правовых последствий, но вместе это можно понять, как вступление сделки (договора) в силу через некоторое время после ее совершения. В то же время, в ст. 433 ГК РФ по-прежнему можно прочитать, что договор, подлежащий государственной регистрации, считается

для третьих лиц заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом. «По-прежнему» – в том смысле, что для третьих лиц он считается заключенным все же с момента государственной регистрации. Также и правила о государственной регистрации договора аренды, по-прежнему гласят о том, что без государственной регистрации договора аренды зданий и сооружений нет договора. Но как договор может быть заключенным и иметь силу для сторон и не существовать для всех остальных лиц? Лучше всего это ситуация объяснима с позиции разграничения моментов заключения договора и вступления его в силу: договор заключен для всех, но юридические последствия до государственной регистрации влечет лишь для некоторых. Идея постепенного вступления договора в силу кажется нам понятней мысли о постепенном (избирательном) заключении договора, кроме того, она хорошо согласуется с обновленной нормой ст. 164 ГК РФ.

Другой вопрос, решение которого невозможно на пути отождествления моментов заключения договора и его вступления в силу, – это вопрос о разграничении реальных и консенсуальных договоров.

Согласно ст. 433 ГК РФ, договор признается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта. В то же время, если в соответствии с законом для заключения договора необходима также передача имущества, договор считается заключенным с момента передачи соответствующего имущества (статья 224). Эти правила принято считать отражением в законе доктринального разграничения договоров консенсуальных и реальных. Но можно ли считать ст. 433 ГК РФ удачным воплощением доктрины? Правильно ли показан законодателем критерий разграничения: момент заключения договора. Смеем заметить, что сделано это крайне неудачно.

Начнем с того, что ст. 433 ГК РФ выпадает из контекста общих положений о договоре, она разрушает само понятие договора, требуя нового определения. Дело в том, что договор понимается законодателем только как соглашение лиц (ст. 420, 432 ГК РФ), то есть встречное волеизъявление. Понятно, что договор

не может возникнуть, если не будет заключен; его существование нельзя отрицать, если заключение договора состоялось. Когда законодатель описывает модель консенсуального договора, связывая его заключение с моментом получения акцепта, регулирование выглядит логичным: акцепт – есть то самое встречное волеизъявление, которое вкупе с офертой дает соглашение, то есть договор. Описывая модель реального договора, законодатель резко переносит внимание с встречного волеизъявления и поиска момента согласования воли сторонами на действия по передаче имущества. В этой связи становится проблемой не только универсальный характер определения договора в ст. 420 ГК РФ, но и вся процедура заключения договора, поскольку акцепт, как ответ другой стороны будущего договора, теряет привычное для него значение факта, с которым связано заключение договора. Можно предположить, что законодатель хочет видеть действие по передаче имущества в роли акцепта, а соглашение, по его мнению, в случае с реальным договором становится плодом не слов, а действий передающей и принимающей стороны. Но это предположение не находит подтверждение в тексте ГК РФ: в ст. 433 явно противопоставлен акцепт (п. 1) передаче имущества (п. 2). Выходит, что заключение реального договора предполагает и оферту, и акцепт, но еще дополнительно требует совершение действия по передаче имущества. Но в таком случае момент достижения соглашения (п. 1 ст. 432 ГК РФ) не совпадает с моментом заключения договора (п. 2 ст. 433 ГК РФ), договор перестает быть соглашением (ст. 420 ГК РФ), а превращается в комбинацию соглашения и действия по передаче имущества. Выходит, что есть соглашения, которые не становятся сразу договорами, а может быть никогда ими не станут. Насколько оправдано такое понимание реального договора? Можно ли считать его удачным?

Во-первых, надо заметить, что законодатель не предлагает какое-то особое определение договора для реальной их разновидности, не формулирует он и универсальное определение договора, отличное от того, которое можно прочесть в п. 1 ст. 420 ГК РФ, в равной мере применимое к договорам

консенсуальным и реальным, когда бы договор рассматривался не как соглашение, но что-то большее. Между тем, определение договора из ст. 420 ГК РФ явно претендует на универсальность и применимость к любой разновидности договора.

Во-вторых, весьма непросто понять рядовым участникам гражданского оборота, почему их вполне твердые намерения считать себя связанными взаимным обещанием, облеченным зачастую в письменную форму с полагающимися в таких случаях подписями, игнорируются законодателем и не считаются за договор. Это недоумение вполне предсказуемо, поскольку разграничение консенсуальных и реальных договоров – одна из наиболее сложных для понимания тем в рамках учебного курса по гражданскому праву. Не всякий студент на экзамене легко умеет объяснить различие между консенсуальными и реальными договорами, что уж требовать от неискушенных в юриспруденции обычных граждан.

Идея четкого разграничения моментов заключения договора и вступления его в силу поможет и здесь упорядочить нормативный материал, сделать его логичным и понятным как в учебном процессе, так и правоприменительной деятельности. Специфику реального договора следует видеть не в моменте его заключения, поскольку этот момент, исходя из определения договора, не может быть иным, нежели достижение соглашения. Специфика реального договора в моменте его вступления в силу – передача имущества. Соответственно, норму п. 2 ст. 433 ГК РФ целесообразно перенести в п. 1 ст. 425 ГК РФ, изложив в следующей редакции: «Если в соответствии с законом для вступления договора в силу необходима также передача имущества, договор становится обязательным для сторон с момента передачи соответствующего имущества (статья 224)».

Библиографический список

1. Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. – 2002. – № 1.

2. Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994. – № 8. – Ст. 801.
3. Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994. – № 32. – Ст. 3301; 1996. – № 5 – Ст. 410.
4. Собрание законодательства Российской Федерации. – 1997. – № 30. – Ст. 3594.
5. Собрание законодательства Российской Федерации. – 2002. – № 46. – Ст. 4532.
6. Собрание законодательства Российской Федерации. – 2015. – № 29 (ч. I). – Ст. 4344.
7. СПС «Консультант Плюс».
8. Хаскельберг Б.Л. Правовая природа и значение государственной регистрации сделок о приобретении недвижимости в собственность // Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права. Выпуск третий / Под. ред. Б.Л. Хаскельберга, Д.О. Тузова. – М.: Статут, 2007. – С. 327.

Раздел 4. Проблема собственности в гражданском праве

4.1. Перспективы вещного права: публичная собственность и единое право собственности (Пятков Д.В.)¹⁸³

1. В современном российском праве все большую популярность приобретает термин «публичная собственность» и производные от него словосочетания: «публичная форма собственности», «право публичной собственности», «институт (субинститут) публичной собственности». В законодательстве и на практике этот термин редко находит применение¹⁸⁴, но активно используется в научных исследованиях¹⁸⁵ для обозначения, как правило, собственности Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований. Можно только удивляться терпению законодателя, который готов всякий раз писать «государственная и муниципальная собственность» вместо того, чтобы сократить это словосочетание до «публичная собственность». Тем более, что у него есть опыт юридико-технической экономии в сопредельной сфере: в законодательство давно проникло словосочетание «публично-правовые образования» заменив собой громоздкий перечень «Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования». Теперь уже и Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ) покорился этому нововведению. Не пора ли обновить соответствующим образом терминологию вещного права?

Термину «публичная собственность» соответствует понятие, обладающее такой же относительной новизной как и термин, его обозначающий.

¹⁸³ Статья впервые опубликована в журнале Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2017. – 4. – С. 128–143.

¹⁸⁴ Примечательно, что в состав справочной информации, которую можно получить об объектах недвижимости на сайте Росреестра, включаются сведения о форме собственности, которая может именоваться «публичная». На том же сайте публичная кадастровая карта также предлагает сведения о форме собственности на недвижимость, но в этом случае используется термин «собственность публично-правовых образований».

¹⁸⁵ См., напр.: Голубцов В.Г. Институт публичной собственности в современном гражданском праве // Вестник Пермского университета. – 2010. – № 2. – С. 106–111; Винницкий А.В. Публичная собственность. – М., 2013; Мазаев В.Д. Публичная собственность в России: конституционные основы. – М., 2004.

Исследователи в области конституционной экономики отмечают, что в категории «публичная собственность» отражается единство социально-правовых признаков государственной и муниципальной собственности, что превращает перечисление этих форм собственности в утверждение об их принадлежности к какому-то особому роду явлений¹⁸⁶. Сходство государственной и муниципальной форм собственности они видят в общей целевой направленности, однородности субъектов и объектов, общем правовом режиме регулирования. В научной литературе можно найти указание на следующие родовые свойства всякой публичной собственности: удовлетворение общих интересов населения (основная цель) и активное использование собственником публичной власти (отличительное средство его деятельности)¹⁸⁷. Понятие публичной собственности означает не просто совокупность государственной и муниципальной форм собственности, а суждение об их принципиальном сходстве и противопоставление их другим формам собственности, не обладающим такими же характеристиками. Оно, тем самым, способно задавать направление структурным изменениям в отечественном праве, понуждать к этим изменениям, поскольку род отношений публичной собственности может оказаться достаточно обширным и влиятельным для формирования в разных отраслях права соответствующих институтов (субинститутов). Разумеется, возникнет потребность в корректировке структуры нормативных правовых актов, посредством включения в них специальных параграфов, глав, разделов. В публичном праве все это очевидно и происходит уже сейчас. Нуждается ли цивилистика в этом понятии?

¹⁸⁶ См., напр.: Конституционная экономика / отв. ред. Г.А. Гаджиев. – М., 2010. – С. 88.

¹⁸⁷ Существование государственной собственности как особой модификации собственности, отличной от частной собственности, С.С. Алексеев, например, объяснял тем, что она «причудливо соединяет определенные качества собственности вообще... с государственной властью, ее возможностью императивного властвования под эгидой собственности» (Алексеев С.С. Право собственности. Проблемы теории. – М., 2008. – С. 50, 51). Важно здесь отметить, что С.С. Алексеев не только признавал две «основные разновидности собственности» – частную собственность и государственную – но даже считал государственную собственность настолько специфичной, что «собственностью в полном объеме своих качеств» называл только частную собственность. С другой стороны, С.С. Алексеев высказывал сомнения относительно сходства государственной и муниципальной собственности. Не случайно, видимо, он обошелся в указанной книге без термина «публичная собственность».

Отчего возникают сомнения? В науке ведутся исследования публичной собственности, призванные выявить ее специфику и дать рекомендации законодателю. Формы собственности названы в Конституции Российской Федерации (далее – Конституция РФ) и ГК РФ. Многие говорят в пользу однородности таких явлений, как государственная и муниципальная собственность. В законодательстве, в том числе гражданском без труда можно найти нормы, создающие особый правовой режим для государственного и муниципального имущества, отличный от режима собственности физических и юридических лиц. Как будто, есть все предпосылки для обновления понятийного аппарата юриспруденции и внедрения в законодательство категории «публичная собственность». Проблема в том, что именно в гражданском праве идея разделения собственности на виды, типы или формы принимается далеко не всеми специалистами. У некоторых юристов вызывает протест или большое беспокойство сама по себе идея типизации прав собственности, сохранение в правовых нормах такого понятия, как «форма собственности»¹⁸⁸. Их серьезную озабоченность вызывает даже не распределение мест в перечне форм собственности, а то, что такой перечень существует и как бы консервирует в нашем праве идею чьих-то привилегий и чьей-то «второсортности». Как говорить о перспективах понятия публичной собственности, если ставится под сомнение целесообразность существования категории «частная собственность»?¹⁸⁹

Таким образом, делению собственности на формы противопоставляется идея единого права собственности. Резкой критике понятие «форма собственности» подвергает Е.А. Суханов, называя его странным, лишенным всякого юридического содержания¹⁹⁰. По его мнению, право собственности должно иметь одинаковое содержание независимо от субъектного состава. Утверждая идеал единого права собственности, Е.А. Суханов все же пишет о

¹⁸⁸ См., напр.: Суханов Е.А. Правовая форма экономических отношений // Гражданское право России – частное право. – М., 2008. – С. 21–22; Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. – М., 2010. – С. 216–224.

¹⁸⁹ См.: Щенникова Л.В. Вещные права в гражданском праве России. – М., 1996. – С. 24.

¹⁹⁰ Суханов Е.А. Проблемы права собственности в рыночной экономике // Гражданское право России – частное право. – М., 2008. – С. 180–181.

возможных различиях в правовом режиме объектов права собственности, об особенностях оснований возникновения и прекращения права собственности, используемых для строго определенных субъектов¹⁹¹. По-видимому, Е.А. Суханов считает, что на содержании права собственности никак не отражаются ни специфика правового режима объектов, ни специфика оснований возникновения и прекращения права собственности: если публично-правовое образование не имеет права продать какой-либо объект, ограниченный в обороте, содержание его права собственности на такой объект идентично содержанию права собственности гражданина на какую-либо вещь, которой он может свободно распоряжаться. Однако Российская Федерация не может распорядиться своим имуществом посредством передачи кооперативу в качестве паевого взноса или хозяйственному товариществу в качестве вклада в складочный капитал, – неужели содержание ее права собственности одинаково в сравнении с правом собственности гражданина, который способен распоряжаться своим имуществом перечисленными способами? Надо заметить, что наиболее сильной критике со стороны Е.А. Суханова подвергаются коллективная собственность, смешанная собственность, «иные формы собственности». Разграничение собственности на частную и публичную так или иначе он допускает: «Юридически, и логически никаких «форм собственности», кроме частной и публичной, нет и не может существовать»¹⁹². Но даже в этом высказывании автора заметно его негативное отношение к дифференциации собственности – о частной и публичной собственности он пишет как формах собственности, используя кавычки.

Впрочем, есть в цивилистике и компромиссные решения, которые выражаются в замене наиболее спорного термина «форма собственности» термином «тип права собственности»¹⁹³. По-своему склонен к компромиссу К.И. Скловский, предлагая не придавать большого значения разделению

¹⁹¹ Суханов Е.А. Гражданское право и отношения собственности (о некоторых дискуссионных проблемах) // Гражданское право России – частное право. – М., 2008. – С. 278.

¹⁹² Суханов Е.А. Вещное право: Научно-познавательный очерк // СПС КонсультантПлюс, 2017.

¹⁹³ Голубцов В.Г. Участие Российской Федерации в имущественных отношениях, регулируемых гражданским законодательством: Дисс. ...д-ра юрид. наук. – С. 166–168.

собственности на формы, раз уж такое разделение сохраняется в нашем законодательстве: «Однако коль скоро формы собственности все же стали фактом нашего законодательства, нужно четко ограничить сферу их существования и рассматривать исключительно как способ определения принадлежности имущества тому или иному виду субъектов»¹⁹⁴. В.П. Мозолин, критически оценивая «концепцию формы собственности» в условиях рыночной экономики, все же приходил к выводу, что «полностью отказаться от дифференциации собственности хотя бы на самое минимальное число групп (форм), равное двум, пока ни одному социально–экономическому типу общества, в том числе и капиталистическому не удавалось»¹⁹⁵.

Единое право собственности стало, по-видимому, руководящей идеей для разработчиков Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации (далее – Концепция)¹⁹⁶. Ни в Концепции, ни в проекте федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – проект федерального закона № 47538-6)¹⁹⁷ не используется термина «форма собственности», нет в этих документах и термина публичная собственность. Обновлением вещного права завершится работа над поправками первой части ГК РФ. Можно ли сказать, что единое право собственности будет гармонично сочетаться со всеми ранее обновленными институтами гражданского права? Все ли готово в гражданском законодательстве для воплощения в нем идеала единого права собственности?

2.1. Легко заметить в современных научных работах, посвященных проблеме публичной собственности и формам собственности вообще, что типизацию собственности авторы связывают с делением субъектов права на виды. В.Д. Мазаев, например, пишет, что в форме собственности, прежде всего,

¹⁹⁴ Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. – М., 2010. – С. 223.

¹⁹⁵ Мозолин В.П. Право собственности в Российской Федерации в период перехода к рыночной экономике. – М., 1992. – С. 23.

¹⁹⁶ Доступ из СПС КонсультантПлюс, 2017.

¹⁹⁷ URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28spravka%29?openagent&rn=47538-6> (дата обращения: 2.11.2017).

отражается специфика субъекта отношений собственности¹⁹⁸. Именно в субъекте, а не в самой собственности видит проблему формы собственности К.И. Скловский. По его мнению, формы собственности следует рассматривать как способ определения принадлежности имущества тому или иному виду субъектов, не более того¹⁹⁹.

В то же время, современная цивилистика весьма лояльно относится к тому, что публично-правовые образования заняли особое место в системе субъектов гражданского права, составили третью группу лиц наряду с лицами физическими и юридическими. Противники деления собственности на формы не являются исключением, и не слышно, чтобы они призывали покончить с трехчленной классификацией лиц в гражданском праве. Но отделение публично-правовых образований от юридических лиц произошло в ту же сталинскую эпоху, когда в нашем праве утвердилось деление собственности на формы. До социалистической революции в работах российских ученых государству традиционно отводилось место среди юридических лиц. Авторы, признававшие юридическое лицо в качестве субъекта права, относили к числу юридических лиц и государство. В таком качестве государство именовалось казной²⁰⁰. Позже о государстве-юридическом лице (казне) писали реже²⁰¹. Во второй половине прошлого столетия в советском гражданском праве господствовала иная методологическая установка: государство было так же обособлено от юридических лиц, как последние были обособлены от граждан²⁰².

Четкое нормативное закрепление этой классификации субъектов гражданского права получила лишь в 1991 году с принятием Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик. Признание

¹⁹⁸ Мазаев В.Д. Публичная собственность в России: конституционные основы. – М., 2004. – С. 29.

¹⁹⁹ Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. – М., 2010. – С. 222–223.

²⁰⁰ См., напр.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2-х ч. Ч. 1. – М., 1997. – С.135–138; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. – М., 1995. – С. 91; Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. – М., 2003. – С. 115.

²⁰¹ См., напр.: Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве, 1948. – С. 169; Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. – М.–Лен., 1948. – С. 814–815.

²⁰² Уже через два года после опубликования монографии «Юридические лица в советском гражданском праве» С.Н. Братусь не только не называет государство юридическим лицом, но и доказывает необходимость обособления казны от юридических лиц. См.: Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. – М., 1950. – С. 241.

государства особым субъектом гражданского права, отличным от юридических лиц, находилось в полном соответствии с установлением особого правового режима для государственной собственности: неограниченный круг объектов права государственной собственности; исключительное право собственности государства на землю и некоторые другие наиболее важные объекты; неограниченная возможность виндицировать незаконно отчужденное государственное имущество; поступление в собственность государства бесхозяйного имущества; запрет обращать взыскание на основные средства государственных организаций по претензиям кредиторов и т.д. Вряд ли можно отрицать, что специфика этого режима делала государство привилегированным собственником, выделяя его из общей массы субъектов. Иные особенности государства (имеет власть, обладает законотворческой компетенцией, не подлежит регистрации) существовали и прежде, но не становились причиной отграничения государства от юридических лиц ни в России, ни за рубежом²⁰³. Поэтому странно наблюдать сегодня борьбу с формами собственности как пережитком прошлой эпохи на фоне полного приятия и оправдания другого пережитка той же эпохи – особого положения публично-правовых образований в системе субъектов гражданского права²⁰⁴.

2.2. Что должен сделать любой апологет единого права собственности? Он обязан заявить о необходимости скорейшего возвращения публично-правовых образований в систему юридических лиц. Хорошая возможность воплотить эту

²⁰³ В связи с этим важное наблюдение сделал С.Н. Братусь: «Государственная собственность в буржуазных странах – разновидность частной собственности. Поэтому само государство, вынужденное для осуществления своих функций участвовать в гражданском обороте в качестве продавца и покупателя, заказчика, нанимателя, заемщика, работодателя и т. д., приравнивает себя к частным лицам» (Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. – М., 1950. – С. 241). Приравнение государства к частным лицам происходит посредством признания государства юридическим лицом: «Процесс отделения имущественной стороны в деятельности государства от публично-правовой сферы протекал по-разному в различных странах. Но везде он закончился обособлением фиска как юридического лица» (Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. – М., 1950. – С. 241). То есть, единообразие в регулировании отношений собственности (государственная собственность – это частная собственность) связано с таким же единообразием в определении правового положения субъектов (государство – это юридическое лицо).

²⁰⁴ В учебной литературе есть уникальные примеры решительного возврата публично-правовых образований в родную для них категорию юридических лиц. Так, С.С. Алексеев включил специальный параграф о гражданской правосубъектности публично-правовых образований в главу «Субъекты гражданского права. Юридическое лицо» (см.: Гражданское право: учеб. / С.С. Алексеев, Б.М. Гонгало, Д.В. Мурзин [и др.]; под общ. ред. С.С. Алексеева. – М.–Екатеринбург, 2006. – С. 63 и сл.). Странно только, что на соответствующей схеме в учебнике публичные образования отсутствуют (там же. С. 71).

идею в нормах законодательства была упущена в 2014 году: в ходе обновления ГК РФ вопрос об отнесении к юридическим лицам публично-правовых образований широко не обсуждался. Нам могут указать на ст. 124 ГК РФ, согласно которой к публично-правовым образованиям применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов. Но также и мы сошлемся на ст. 8 Конституции РФ, где сказано, что в Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности. Апологетам единого права собственности недостаточно признания и равной защиты всех форм собственности, они выступают за решительный отказ от советской традиции делить собственность на формы, но полумеры и советские подходы в регулировании правосубъектности их вполне устраивают.

2.3. Идея единого права собственности не может быть в полной мере реализована без максимально жесткого размежевания гражданской правосубъектности собственников государственного (муниципального) имущества и публичной власти. Ведь оправданное всей нынешней юриспруденцией соединение публичной власти и государственной (муниципальной) собственности в руках публично-правового образования – самый веский аргумент против единого права собственности. Если обладание властью особым образом влияет на поведение публичного собственника, как можно говорить о едином праве собственности? Если же обладание властью не влияет на поведение собственника, зачем сохранять постулат о дуализме публично-правовых образований? Надо полагать, что наибольшим препятствием для реализации на практике представлений о едином праве собственности является не само по себе разделение собственности на формы, которое может иметь разное основание и объяснение. Гораздо большую опасность для единого права собственности представляет признание за

некоторыми собственниками чрезвычайных полномочий, не совместимых с идеей максимальной унификации правового регулирования собственности.

В связи с этим полезно вспомнить определение Конституционного Суда РФ от 1 октября 1998 г. № 168-О «По запросу администрации Московской области о проверке конституционности части первой пункта 1 и пункта 2 статьи 1015 Гражданского кодекса Российской Федерации»²⁰⁵. Конституционный Суд РФ увидел лучшую защиту права частных лиц на занятие предпринимательской деятельностью в запрете публично-правовым образованиям заниматься предпринимательством. Правило ст. 124 ГК РФ не обеспечивает равноправия субъектов на должном уровне: правовое регулирование не приобретает необходимой определенности, а судебная практика не становится стабильной и предсказуемой. Стоит только начать дискуссию о правовой природе той или иной группы имущественных отношений с участием публично-правовых образований, как сразу же исчезает всякая гарантия равноправия субъектов, данная гражданскому обороту в ст. 124 ГК РФ. Приходится запрещать государству заниматься предпринимательством во имя сохранения предпринимательства. Публично-правовые образования – слишком опасные для гражданского оборота субъекты даже при законодательном сдерживании властного начала их деятельности. Но так можно зайти очень далеко, запретив публично-правовым образованиям быть собственниками во имя сохранения отношений собственности. Лучшим решением было бы создание такой теоретической, а затем и нормативно-правовой модели публичного собственника, при которой его гражданская правосубъектность не считалась бы продолжением публичной власти, равно и власть не считалась бы второй натурой такого собственника.

Попытки оставить государство за дверью гражданского оборота предпринимаются давно, и здесь апологет единого права собственности не будет чувствовать себя в одиночестве. Так, например, еще Д.И. Мейер в своем учебнике счел нужным сделать критические замечания в адрес юристов,

²⁰⁵ Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. – 1999. – № 1. – С. 6.

представлявших казну как особое юридическое лицо, отличное от государства. Казна, по мнению не названных Д.И. Мейером авторов, это олицетворенное государственное имущество, а не само государство²⁰⁶. Позднее, к числу юристов, разделявших такие взгляды на казну, относился И.М. Тютрюмов. По его мнению, выделяется такой вид юридических лиц, как совокупность имуществ, тогда, когда с этой совокупностью связывается возникновение прав и обязанностей. Такой совокупностью имуществ является имущественная масса, которая принадлежит государству и выделяется в виде юридического лица (казны)²⁰⁷. Казну предлагалось отделить от государства посредством персонификации имущества. Но можно посоветовать защитникам единого права собственности сместить акценты при выборе объекта персонификации с имущества на объединение людей (нацию, народ, общество, население соответствующей территории). В таком случае одно и то же объединение людей персонифицируется дважды для разных целей: для осуществления власти (то, что называется государством) и для управления собственностью (то, что называлось казной). Применительно к реалиям российского права идея размежевания гражданской правосубъектности и публичной власти может означать следующее: когда говорят, например, «Российская Федерация», то необходимо различать, идет ли речь о государстве, обладающем властью и суверенитетом, или о собственнике имущества.

Нас могут спросить – неужели публично-правовые образования как собственники вовсе лишены публичной власти? Полагаем, что публично-правовые образования как собственники могут иметь властные полномочия, но не по определению, а постольку, поскольку такие полномочия делегированы государством – субъектом, властным по определению, т.е. изначально, по своей сути. Но разве обладание публичной властью, хотя бы и делегированной, т.е. достаточно ограниченной, не ставит под сомнение единое право

²⁰⁶ См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2-х ч. Ч. 1. – М., 1997. – С. 135.

²⁰⁷ Сведения о взглядах И.М. Тютрюмова со ссылкой на его учебник гражданского права (Юрьев, 1922) приводятся Г.А. Гаджиевым. См.: Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). – М., 2002. – С. 243–244.

собственности? Нет, не ставит. Дело в том, что получить власть от государства может любой собственник. Такие примеры существуют, и количество их только растет со временем: правом требовать от гражданина уплаты налогов публично-правовое образование наделено в то самое время, когда гражданин обладает правом требовать от этого публично-правового образования передачи ему безвозмездно в собственность занимаемого жилого помещения по законодательству о приватизации. Конечно, содержание этих требований различное.

Однако в обоих случаях власть, т.е. возможность принуждать к определенному поведению, приобретает субъектом за счет ограничения права собственности другого субъекта. Требование уплаты налогов, требование передать безвозмездно в собственность жилое помещение или земельный участок по законодательству о приватизации, требование выплатить социальное пособие за счет казенных средств, понуждение к заключению договора розничной купли-продажи или иного публичного договора – это явления одного порядка. Эти требования нельзя вывести из существа гражданского оборота, это не естественные отношения собственников. Даже элементарное понуждение к заключению договора нуждается в поддержке закона, принятие которого является способом делегирования публичной власти, пускай и в очень ограниченном объеме. Ярким примером делегирования публичной власти собственнику, хотя и связанному с публично-правовыми образованиями, но не относящемуся к их кругу, являются нормотворческие полномочия Госкорпорации «Росатом» (ст. 8 Федерального закона от 1 декабря 2007 г. № 317-ФЗ «О Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом»).

Надо полагать, что единое права собственности не исключает наделения собственников некоторым объемом публично-властных полномочий. Важно, чтобы выдерживался принцип: любой собственник при одинаковых обстоятельствах может претендовать на одинаковый объем публичной власти, если в этом есть необходимость. Если из законодательства прямо не следует

наличие власти у какого-либо субъекта отношений, он признается участвующим в таких отношениях на равных с другими субъектами, каковы бы ни были его наименование, цель деятельности и объект отношения. Поскольку осуществление власти нельзя представить без ограничения свободы других лиц, то критерием для определения самой возможности делегирования власти и объема властных полномочий является не форма (вид, тип) собственности, т.е. не заранее произведенная градация собственников, а допустимость соразмерного и пропорционального ограничения гражданских прав в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ст. 55 Конституции РФ, п. 2 ст. 1 ГК РФ). Понятно, что очень часто власть получают собственники государственного и муниципального имущества, т.е. публично-правовые образования, для которых общее благо – цель существования, а масштабы их деятельности оправдывают большой объем властных полномочий.

Надежной опорой единого права собственности должно стать такое понимание правосубъектности публично-правовых образований, когда публичная власть не считается признаком собственников государственного и муниципального имущества; ее наличие в каждом отдельном взятом правоотношении подлежит доказыванию посредством анализа соответствующих норм права; даже состоявшееся делегирование государством публичной власти собственнику может быть оспорено в рамках конституционного судопроизводства. Эти выводы справедливы в отношении любых других собственников.

Единое право собственности так можно примирить с очевидными различиями в правовом режиме объектов права собственности, с особенностями оснований возникновения и прекращения права собственности для строго определенных субъектов: право собственности едино по своему содержанию для всех субъектов в его исходном состоянии, но приобретает различия по мере того, как осуществляется правовое регулирование отношений

собственности. Исходное состояние права собственности, как и исходное правовое положение собственников, на отраслевом уровне определяется гражданским правом, поэтому именно среди цивилистов идея единого права собственности пользуется такой популярностью. Большая часть различий в правовом положении собственников и правовом режиме объектов – результат воздействия на отношения собственности норм публичного права, зачастую содержащихся в ГК РФ. Эти различия являются результатом текущего правового регулирования, имеют производный и временный характер, изменчивы и не касаются самой сути явления (собственности).

Производный характер различий заключается в том, что они устанавливаются не сами по себе, а как отрицание изначально заданного равенства субъектов и прав, как ограничение существующих прав собственника или субъектов, ему противостоящих. Если публично-правовые образования не могут распоряжаться имуществом путем внесения его в качестве вклада в складочный капитал товарищества, это не означает, что у них особое право собственности, в принципе исключающее такой способ распоряжения. Право собственности публично-правовых образований ограничивается в данном случае; нормы, устанавливающие ограничение, не формируют право публичной собственности как бы изначально, они лишают публично-правовое образование соответствующей возможности, которая презюмируется для всякого собственника, они отнимают у публичного собственника часть свободы, определенной в равной мере для всех собственников Конституцией РФ и гражданским законодательством. Точно также следует оценить запрет гражданам и юридическим лицам создавать унитарные предприятия.

Предоставление публично-правовым образованиям уникальной возможности передавать свое имущество в хозяйственное ведение унитарных предприятий можно рассматривать не как особое правонаделение публичных собственников, а как ограничение права собственности других лиц, которые могли бы распоряжаться и таким образом, если бы не установленный для них запрет. Не только прямые запреты и предписания, адресованные собственнику,

могут свидетельствовать о состоявшемся ограничении его прав, но и всякое преимущество другого лица, предоставленное ему законом, говорит об ограничении прав собственника, не имеющего такого преимущества, поскольку предоставление преимущества происходит в условиях действия принципа равенства участников отношений.

Временный характер различий в правовом положении собственников и правовом режиме объектов обусловлен изменчивостью законодательства, динамичностью общественных отношений, корректировкой экономической политики государства и многими другими факторами. Примером может служить законодательство о приватизации государственного и муниципального имущества, которое трижды существенно менялось в постсоветской России, демонстрируя, между прочим, существенное ограничение прав публичных собственников владеть, пользоваться и распоряжаться своим имуществом.

Может возникнуть вопрос: есть ли прок от того, что различия в правовом положении собственников и правовом режиме объектов не касаются существа собственности, ведь на практике субъект будет иметь дело с различиями во всем их множестве и многообразии? Не теряется ли идея единого права собственности среди множества самых разнообразных ограничений прав собственников? Единое право собственности как модель исходного состояния отношений собственности может проявить свое значение следующим образом:

- 1) поскольку все особенности в правовом регулировании отношений собственности являются производными и зависимыми от исходного состояния этих отношений, оно будет своеобразной презумпцией, открывая путь к общим положениям о праве собственности во всех случаях, когда имеется дефицит норм, независимо от субъектного состава, объектов и других характеристик отношений. Сколько бы ни был специфичен статус публичного собственника, он в первую очередь просто собственник и субъект гражданского права. Каким бы ни было особенным право публичной собственности, оно, в первую очередь, – просто право собственности;

2) поскольку особенности вторичны и не порождают новой сущности, единое право собственности позволяет критически оценивать текущее правовое регулирование отношений собственности. Всякое ограничение прав собственника ли, субъектов ли, ему противостоящих, требует обоснования, его необходимость должна быть доказана не простым указанием на особый род отношений, а демонстрацией тех целей, ради достижения которых возможно какое-либо ограничение гражданских прав (ст. 55 Конституции РФ, п. 2 ст. 1 ГК РФ). Когда доказательства отсутствуют – регулирование отношений должно рассматриваться как находящееся в исходном гражданско-правовом состоянии.

Если угодно, право собственности всегда остается единым, при любом субъектном и объектном составе отношений, различными бывают ограничения прав собственности, они-то и создают более или менее устойчивые правовые режимы отношений собственности, которые можно было бы назвать формами собственности. Частная собственность оттого воспринимается в качестве нормальной собственности или «собственности вообще», что ограничения частной собственности не столь значительны в сравнении с ограничениями, которые претерпевает право собственности любого публично-правового образования. Потому частная собственность ближе к исходной гражданско-правовой модели регулирования отношений собственности. Скажем так: права собственности физических лиц, юридических лиц и публично-правовых образований не отличаются друг от друга; различаются способы и степени и цели ограничения прав всех этих лиц. Потому разделение собственности на формы – это не столько дифференциация самой собственности, сколько разделение на виды существующих ограничений прав собственников. При таком понимании проблемы форм собственности становится понятно, на каком основании в юридической литературе вдруг иногда говорится о частной собственности государства и о публичной собственности юридических лиц²⁰⁸.

²⁰⁸ Выше уже приводилось высказывание С.Н. Братуся о том, что государственная собственность в буржуазных странах – разновидность частной собственности. В.Д. Кравец приводит в своей книге внушительный перечень авторов, признающих публичную собственность юридических лиц-государственных корпораций. См.: Кравец В.Д. Гражданско-правовой статус публичных юридических лиц. – М., 2016. – С. 93.

2.4. Увлеченный идеей единого права собственности апологет этого права должен заявить о себе как о стороннике Г.Ф. Шершеневича и вместе с ним провозгласить: «Субъект права есть только юридическое представление, все равно, идет ли речь о юридическом или о физическом лице»²⁰⁹. Движение в этом направлении крайне сложно сделать в рамках современной отечественной цивилистики. Дело в том, что Г.Ф. Шершеневич уверенно занесен исследователями в списки сторонников теории фикции, поскольку его представление о субъектах права основано на различении лиц физических и юридических по тому признаку, что физические лица – действительные, а юридические лица – воображаемые, искусственные, фиктивные. В известной книге Н.В. Козловой о понятии и сущности юридического лица учением именно Г.Ф. Шершеневича начато рассмотрение вопроса о развитии теории фикции (олицетворения) в России²¹⁰. Такое представление об идеях Г.Ф. Шершеневича укоренилось в сознании современных юристов, воспитанных фирмой «Спарк», переиздавшей в 1995 году учебник Г.Ф. Шершеневича по гражданскому праву²¹¹.

Однако есть другой, поздний Г.Ф. Шершеневич, который неожиданно пишет: «Основная ошибка теории фикции заключается в том, что она предположила, будто человек становится субъектом права в силу своей человеческой природы; субъект права, потому что человек, или – человек, а, следовательно, – субъект права... В действительности всякий субъект есть создание объективного права. Субъекты – это те центры, около которых волей закона объединяются юридические отношения, образуя обособленные комплексы»²¹². Физические и юридические лица одинаковы в том смысле, что являются лишь юридическими представлениями и не нужно искать в них реальности человеческого тела или вещи. Прямо говорится об ошибках теории фикции. Не сохраняется характерное для теории фикции противопоставление

²⁰⁹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. – М., 1911 // СПС Гарант, 2017.

²¹⁰ См.: Козлова Н.В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории: Учебное пособие. – М., 2003. – С. 158.

²¹¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). – М., 1995.

²¹² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. – М., 1911 // СПС Гарант, 2017.

физических лиц юридическим лицам. Это не развитие теории фикции, это ее преодоление.

Нет более надежного основания для моделирования единого права собственности, нежели единая правосубъектность. Поскольку состояние правосубъектности определяет поведение участника в правоотношениях, сегодня сложно рассуждать о едином праве собственности, сохраняя гипертрофированную дифференциацию субъектов. Если верно, что «не собирают смокв с терновника и не снимают винограда с кустарника», верно и другое – единое право собственности не получают, руководствуясь разделением правосубъектности на виды (типы, формы). Чем больше внимания уделяется дифференциации субъектов, тем больше разнообразия будет в регулировании гражданских правоотношений, в частности, отношений собственности. Универсализм Г.Ф. Шершеневича в понимании гражданской правосубъектности – настоящий подарок апологетам единого права собственности. В то время как у нас теперь принято различать юридические лица и публично-правовые образования, он в свое время стирал принципиальные различия между лицами юридическими и физическими.

3. Таким образом, в современных условиях не сложились еще достаточные предпосылки для отказа от ставшего традиционным деления собственности на формы (виды, типы). Это деление отражает существующую дифференциацию лиц в гражданском праве, против которой мало кто всерьез возражает. Наряду с общими нормами всегда будут существовать специальные нормы, регулирующие отдельные аспекты отношений собственности, в том числе зависящие от личности собственника. Но поскольку существуют различные формы (виды, типы) гражданской правосубъектности, передавать специфику регулирования отношений собственности удобно, руководствуясь привычной категорией «форма собственности». Это логично: если правосубъектность публично-правовых образований отличается от правосубъектности юридических лиц, их отношения собственности, как и любые другие

отношения, наверное, также будут иметь отличия, столь же заметные, как заметны различия в правосубъектности.

Все же надо признать, что отмеченная здесь дифференциация собственности и правосубъектности сегодня утратила былое значение. Если прежде она была внедрена в законодательство и использовалась для построения иерархии субъектов и прав собственности, то в настоящее время она сохранена в законодательстве, чтобы подчеркнуть исчезновение иерархии. Поручкой тому являются ст. 8 Конституции РФ и ст. 124 ГК РФ, в которых нивелируется сохранившееся разделение собственности и правосубъектности на формы (виды, типы). Это свидетельствует о временном характере норм, на смену которым должны прийти четкие законодательные решения, сначала о признании единой гражданской правосубъектности лиц, а затем о едином праве собственности.

Развивая в теории и воплощая в законодательстве представления о едином праве собственности, можно заметно улучшить состояние законодательства. Единое право собственности позволяет смотреть на право собственности публично-правовых образований не как на особый род явлений, а как на вид одного рода с правом собственности физических и юридических лиц, т.е. открывает путь к углубленной кодификации вещного права, к поиску все большего количества универсальных законодательных решений для права собственности.

Например, иммунитет Российской Федерации и ее имущества во внешнеэкономических отношениях можно рассмотреть в качестве частного случая иммунитета по гражданскому праву, сопоставив его с защитой от обращения взыскания, предоставленной обычным гражданам нормами процессуального законодательства. Но жесткое разграничение правосубъектности физических лиц, юридических лиц и публично-правовых образований препятствует даже попыткам такого анализа.

Очевидную связь между публично-правовыми образованиями и ее влияние на регулирование отношений собственности можно рассмотреть как частный

случай аффилированности в гражданском праве и сделать некоторые обобщения, показывая специфику договорных отношений между любыми аффилированными лицами. Так, согласно правовой позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, выраженной в постановлении от 4 декабря 2012 г. № 8989/12²¹³, будет ошибкой считать, что любые сделки между основным и дочерним обществами по передаче имущества без прямого встречного предоставления являются дарением. Отсутствие такого предоставления является особенностью взаимоотношений между данными лицами, представляющими собой с экономической точки зрения единый хозяйствующий субъект. Необходимость в перераспределении имущества между основным и дочерним обществами может возникать для реализации общих целей экономической деятельности, и облекаться такое перераспределение имущества должно в иные правовые формы, отличные от дарения. Безвозмездная передача имущества между участниками холдинга отделена от дарения, но сохранена в сфере действия гражданского договорного права.

С этим примером сопоставимы предложения по совершенствованию гражданского законодательства в части регулирования отношений государственной и муниципальной собственности. На первом этапе разработки Концепции, в ее проекте²¹⁴, предлагалось включить в ГК РФ нормы, устанавливающие порядок передачи имущества из государственной собственности в муниципальную и наоборот. Вполне возможно, что реализация этих идей привела бы к необходимости распространить действие норм договорного права на отношения между публично-правовыми образованиями. В таком случае выводы Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ об особой гражданско-правовой природе договорных отношений между участниками холдинга могли бы пригодиться для создания специальных правил о разграничении публичной собственности. С одной стороны, эти отношения

²¹³ URL: http://www.arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id_casedoc=1_1_841be62d-5f57-4263-9d1e-d7e00edd79cc (дата обращения: 2.11.2017).

²¹⁴ URL: <http://privlaw.ru/sovet-po-kodifikacii/conceptions/koncepciya5/> (дата обращения: 2.11.2017).

были бы поставлены на прочную законодательную основу в виде ГК РФ, с другой, удалось бы отразить их специфику, пользуясь достижениями все той же цивилистики.

Связь между единым правом собственности и возможными решениями практической проблемы разграничения публичной собственности уже проводилась в юридической литературе. Так, Г.А. Гаджиев, поддержав идею единого права собственности, тут же делает вполне закономерный вывод: «Субъекты Российской Федерации и муниципальные образования являются полноправными собственниками. Между такими правовыми субъектами могут возникать только имущественные отношения, основанные на равноправии. В противном случае, т.е. когда федеральным законом допускается «перераспределение» собственности субъектов Российской Федерации в связи с проводимым разграничением полномочий в федеративной системе, имеет место нарушение требований, императивов, запретов, образующих содержание конституционного принципа права собственности»²¹⁵.

Однако в проекте федерального закона № 47538-6, который был подготовлен на основе Концепции, предусмотрено, что разграничение государственной собственности на федеральную собственность, собственность субъектов РФ и муниципальную собственность должно осуществляться в порядке, установленном специальным законом. Более того, к отношениям по разграничению и перераспределению государственной и муниципальной собственности между публично-правовыми образованиями в связи с разграничением или перераспределением полномочий между органами государственной власти и органами местного самоуправления гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законом. Данное предложение скорее отражает идею разделения собственности на формы (виды, типы), чем идею единого права собственности. Вместо того, чтобы попытаться вписать правила о распоряжении государственным и

²¹⁵ Право собственности: актуальные проблемы / отв. ред. В.Н. Литовкин, Е.А. Суханов, В.В. Чубаров. – М., 2008 // СПС КонсультантПлюс, 2017.

муниципальным имуществом в качестве частного случая в систему готовых универсальных решений, используемых для регулирования отношений собственности, эти правила вообще выводятся за рамки гражданского законодательства, обрекая правоприменителя работать в условиях правового вакуума. Примечательно, что пока законодатель намеревается вывести разграничение публичной собственности за пределы гражданского права, на практике эти отношения публично-правовые образования пытаются строить не просто на основе ГК РФ, а выбирают именно институт дарения, поскольку ничего более подходящего нет даже в ГК РФ, тем более за его пределами²¹⁶.

Библиография

1. Алексеев С.С. Право собственности. Проблемы теории. – М.: Норма, 2008. – 240 с.
2. Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. – М.: Гос. изд. юрид. лит-ры, 1950. – 367 с.
3. Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. – М.: Статут, 2003. – 382 с.
4. Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. – М.–Лен.: Изд-во Академ. наук СССР, 1948. – 840 с.
5. Винницкий А.В. Публичная собственность. – М.: Статут, 2013. – 732 с.

²¹⁶ Именно такое разъяснение было дано 15.06.2010 на сайте Совета муниципальных образований Новосибирской области: «Поскольку в законодательстве нет запрета на безвозмездную передачу муниципальной собственности, предлагается руководствоваться общими нормами гражданского законодательства... Установленные ст. ст. 575, 576 запреты и ограничения дарения на сделки между органами власти не распространяются. Более того, Гражданским кодексом РФ предусмотрен специальный вид дарения – пожертвование... Пожертвования могут делаться... субъектам гражданского права, указанным в статье 124 ГК РФ: Российской Федерации, субъектам Российской Федерации, городским, сельским поселениям и другим муниципальным образованиям. Эти субъекты выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений... Исходя из приведенных норм, безвозмездная передача муниципального имущества другому муниципальному образованию либо субъекту РФ – области возможна в форме дарения, пожертвования» (URL: http://smo-nso.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=352:2010-06-15-04-34-14&catid=49:2009-11-10-08-51-07&Itemid=125). (дата обращения: 2.11.2017).

6. Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики (Развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). – М.: Юристъ, 2002. – 286 с.
7. Голубцов В.Г. Участие Российской Федерации в имущественных отношениях, регулируемых гражданским законодательством: Дисс. ... д-ра юрид. наук. – М., 2008. – 411 с.
8. Голубцов В.Г. Институт публичной собственности в современном гражданском праве // Вестник Пермского университета. – 2010. – № 2. – С. 106–111.
9. Конституционная экономика / отв. ред. Г.А. Гаджиев. – М.: Юстицинформ, 2010. – 256 с.
10. Кравец В.Д. Гражданско-правовой статус публичных юридических лиц. – М.: Проспект, 2016. – 192 с.
11. Мазаев В.Д. Публичная собственность в России: конституционные основы. – М.: Городец, 2004. – 384 с.
12. Мозолин В.П. Право собственности в Российской Федерации в период перехода к рыночной экономике. – М.: Изд-во ИГиП РАН, 1992. – 176 с.
13. Право собственности: актуальные проблемы / отв. ред. В.Н. Литовкин, Е.А. Суханов, В.В. Чубаров. – М.: Статут, 2008. – 731 с.
14. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. – М.: Статут, 2010. – 893 с.
15. Суханов Е.А. Гражданское право России – частное право. – М.: Статут, 2008. – 588 с.

4.2. Субъекты права государственной и муниципальной собственности (Пятков Д.В.)²¹⁷

Для нашего гражданского права вопрос об участии Российской Федерации и других публично-правовых образований в вещных отношениях является не просто особенно важным, этот вопрос стал своеобразным камертоном, позволяющим настроить не только все вещное право, но и все гражданское право и вообще всю правовую систему на тот или иной лад. Звучание российского права уже долгое время во многом зависит от теории и практики вещных отношений с участием публично-правовых образований. В известный период нашей истории, когда доминировала государственная собственность на средства производства, а само Советское государство осуществляло политическое и экономическое господство, гражданское право претерпевало столь существенные деформации, что в полное забвение приходили не только отдельные юридические понятия, но целые вековые институты. Именно в это время из системы гражданского права понемногу исчезла подотрасль «вещное право», на ее место в ранг подотрасли был возведен институт права собственности, а понятие «вещное право» вышло из употребления. Напротив, возрождение гражданского права, то есть существенное повышение его роли в жизни общества, оказалось сопряжено с жесткими ограничениями экономической активности государства, с попыткой уравнивать правовой режим собственности частных лиц и публично-правовых образований, уравнивать правовое положение самих этих субъектов как собственников. Вот почему некоторых специалистов очень беспокоит само по себе сохранение в правовых нормах такого понятия как «форма собственности» [1]. Их серьезную озабоченность вызывает даже не распределение мест в перечне форм собственности, а то, что такой перечень существует и как бы

²¹⁷ Статья впервые опубликована в сборнике Цивилистические заметки. Вып. VI: Актуальные проблемы теории и практики современной цивилистики [Электронный ресурс] – Барнаул: ФГБОУ ВО «Алтайский государственный университет», 2017.

консервирует в нашем праве идею чьих-то привилегий и чьей-то второсортности.

Современное решение вопроса о праве собственности Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований не является очевидным. Оно в значительной мере было подготовлено советской юридической наукой, но нельзя сказать, что вариантов не существовало. В советском праве по вопросам участия государства в отношениях собственности известны труды таких ученых как А.В. Венедиктов [2], П.П. Виткявичус [3], А.В. Карасс [4], С.М. Корнеев [5], Я.Ф. Миколенко [6], А.А. Пушкин [7], В.С. Якушев [8] и проч. Большое распространение в советской юриспруденции получил взгляд на государство как систему, что в первую очередь обусловлено федеративным устройством СССР. Причем на вопрос о правосубъектности такой системы различными авторами давались неодинаковые ответы. Менялись представления и об элементном составе государства-системы.

Наиболее последовательное решение было предложено М.И. Брагинским сначала в статье «Гражданская правосубъектность Союза ССР и союзных республик», опубликованной в 1963 году [9], а затем в монографии [10].

Суть решения, предложенного М.И. Брагинским, заключалась в следующем. Он рассматривал Советское государство в качестве правосубъектной системы, центром которой являлся Союз ССР, также действовавший в качестве самостоятельного субъекта права. СССР в гражданском праве – не система, а часть системы. «Советское государство» и «Союз ССР» – это не только разные термины, этим терминам соответствуют разные понятия. С их помощью М.И. Брагинский пишет о разных субъектах. Система, которую возглавлял Союз ССР, состояла в первую очередь из союзных и автономных республик, а также всех известных административно-территориальных образований и государственных юридических лиц. Другими словами, эта система охватывала все звенья государственного управления, которые рассматривались не в административно- или государственно-правовом, а в гражданско-правовом аспекте.

Субъектом права государственной собственности М.И. Брагинский признавал лишь саму правосубъектную систему – Советское государство. Причем институту права государственной собственности отводилось место в государственном праве. М.И. Брагинский считал, что «отношения, в которых государство выступает как собственник от своего имени, регулируются государственным, а не гражданским правом, и, следовательно, для выступления в подобных отношениях государство нуждается в правосубъектности государственно-, а не гражданско-правовой» [10, с. 31]. В данном случае М.И. Брагинский разделил ранее высказанное и обоснованное мнение В.С. Якушева [8]. В сферу гражданско-правового регулирования попадали совершенно иные субъекты и отношения, а именно отношения оперативного управления. Субъектами права оперативного управления были признаны все звенья системы, каждый ее элемент: от Союза ССР до первичного административно-территориального образования, а так же государственные юридические лица.

По поводу соотношения таких явлений, как Советское государство и Союз ССР, М.И. Брагинский писал следующее: «С точки зрения состава закрепленного за ним имущества Советский Союз неадекватен понятию Советского государства. Имущество Советского Союза составляет лишь часть имущества государства, как определенной системы. Вместе с тем Советский Союз – центр системы» [10, с. 49].

Советское государство в концепции М.И. Брагинского было единственным собственником всего государственного имущества, что не создавало препятствий для четкого разграничения иных по своей природе прав Союза ССР, союзных республик и административно-территориальных образований на это же имущество (*см.: схема № 1*).



Схема № 1. Система прав на государственное имущество. Соотношение понятий «Советское государство» и «Советский Союз» в концепции М.И. Брагинского.

Итак:

1) Советское государство – это правосубъектная система, она единственный собственник всего государственного имущества и субъект государственного права, также как *институт права государственной собственности* является институтом государственного права и регулируемые им отношения находятся вне сферы гражданского права;

2) Советский Союз (СССР), союзные республики и все прочие звенья государственного управления – это правосубъектные звенья системы, они являются многочисленными титульными владельцами различных, соответствующих каждому звену, частей общего фонда государственного имущества и способны быть субъектами гражданского права, также как нормы,

регулирующие их владение, пользование и распоряжение имуществом, образуют именно в гражданском праве *институт права оперативного управления*.

В данном случае удавалось избежать многих недоразумений и противоречий теоретического и практического свойства за счет разграничения:

- субъектов права (Советское государство, Союз ССР, союзные республики и т.п.);
- отраслей права (государственное право, гражданское право);
- институтов (право государственной собственности и право оперативного управления);
- правосубъектности (государственно-правовая и гражданско-правовая).

Столь важное для той эпохи единство государственной собственности нашло закрепление в нормах государственного права и выразилось в лице Советского государства, а столь необходимое для нормальной организации общественного хозяйства имущественное обособление субъектов закреплялось в гражданском праве и выражалось в лице Союза ССР, союзных республик и всех прочих звеньев системы (*см.: схема № 2*).

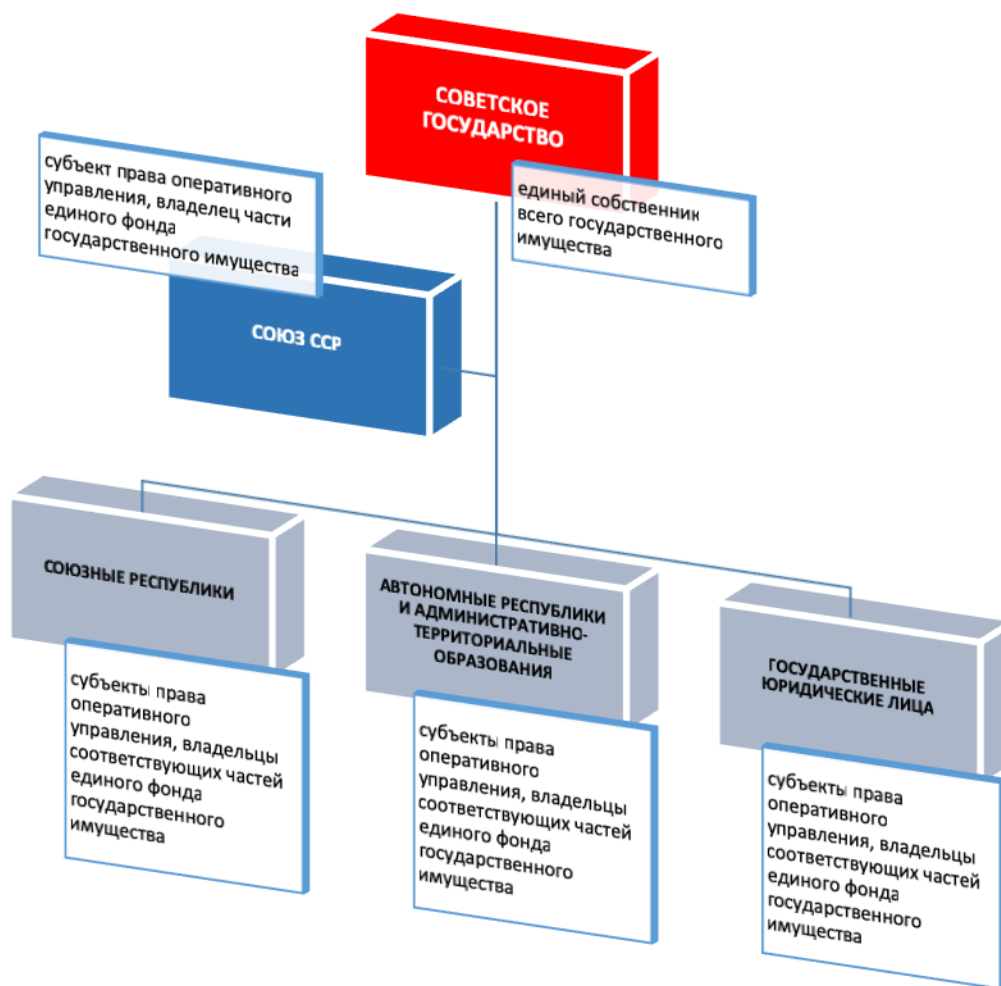


Схема № 2. Советское государство как собственник

Субъекты права оперативного управления становились обособленными самостоятельными участниками и обязательственных правоотношений. М.И. Брагинский утверждал, что в конкретных гражданских правоотношениях, «которые опосредствуют движение объектов, составляющих государственную социалистическую собственность, стороной является уже не государство в его единстве, а государственная организация – юридическое лицо, Союз ССР, отдельные союзные республики, иные государственные образования, административно-территориальные единицы» [10, с. 31].

Так было объяснено и единство государственной собственности, и явные признаки гражданской правоспособности государственных и административно-территориальных образований.

Именно эта концепция, но получившая свое дальнейшее развитие в современных нам условиях, была одобрена российским законодателем и нашла отражение в ГК РФ. В чем преемственность? В том, что Российская Федерация, субъекты РФ и муниципальные образования признаются самостоятельными субъектами гражданского права, как признавались субъектами гражданского права Союз ССР, союзные республики и советские административно-территориальные образования. В чем заключено развитие? В том, что теперь Российская Федерация, субъекты РФ и муниципальные образования признаются самостоятельными субъектами гражданского права в ранге собственников, а не в качестве обладателей вторичного права оперативного управления, коим наделялись Союз ССР, союзные республики и советские административно-территориальные образования.

Образно говоря, в наше время элементы системы отняли титул собственности у системы, сделав существование системы фактом не столь значительным, как прежде. Если система в советское время именовалась Советским государством, то сегодня ее можно назвать Российским государством. Если центром Советского государства признавался Союз ССР, то центром Российского государства можно признать Российскую Федерацию. Если прочими звеньями Советского государства считались союзные республики и административно-территориальные образования, то прочими звеньями Российского государства можно считать субъекты РФ и муниципальные образования. О том, как могла бы сегодня выглядеть система субъектов, управляющих публичной собственностью, если бы в законодательстве нашла закрепление модель управления государственным имуществом советских времен, можно представить с помощью *схемы № 3*.

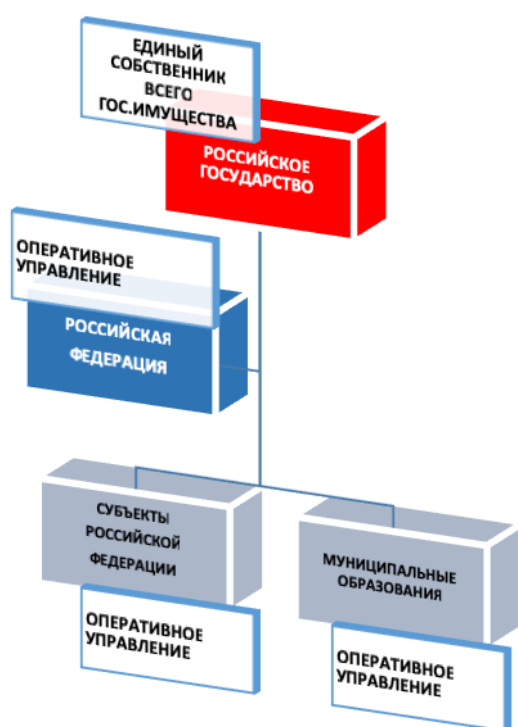


Схема № 3. Так могло быть по советскому образцу.

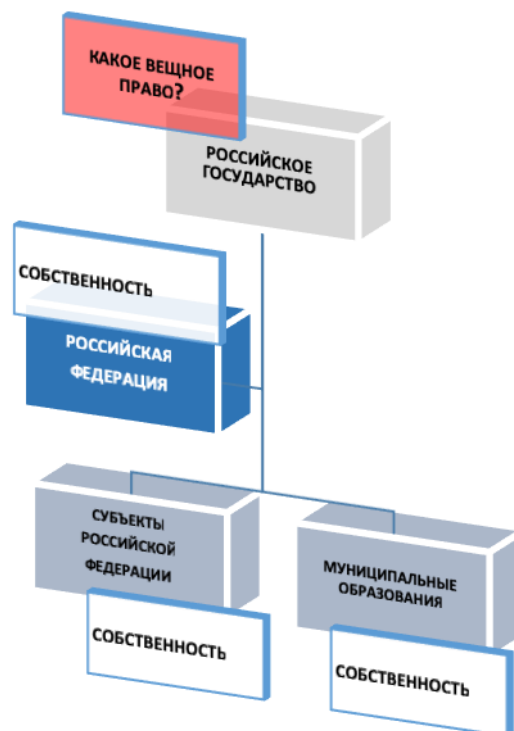


Схема № 4. Вот почему система субъектов публичной собственности не сложилась по советскому образцу.

Возникает вопрос: неужели Российская Федерация как субъект права – это не Российское государство? Не стоит этому удивляться. В советское время не считалось зазорным думать и говорить, что такое государство как Союз ССР отличается от Советского государства. Во всяком случае М.И. Брагинский так говорил. Дело в том, что в гражданском праве словосочетание «Российская Федерация» используется не как географическое название, не для обозначения субъекта политики. Географические карты не помогут разобраться в вопросе о гражданской правосубъектности Российской Федерации и даже могут сбить с толку.

С гражданско-правовой точки зрения Российская Федерация – это не совокупность субъектов РФ, как Союз ССР не был совокупностью союзных республик именно в гражданском праве. Имущество Российской Федерации – не совокупность имуществ субъектов РФ, как имущество Союза ССР не было совокупностью имуществ союзных республик. Как Союз ССР был центром системы, объединяющей союзные республики, так и Российская Федерация может рассматриваться в качестве центра системы, другими элементами которой являются субъекты РФ. Но если Советское государство было собственником, а звенья той системы собственниками не были, то Российское государство не рассматривается в качестве собственника, а звенья этой системы признаются таковыми. К Российскому государству, лишенному способности быть собственником, интерес гражданского права заметно убавился, в текстах законодательства он и вовсе никак не проявляется (см.: *схема № 4*).

Не удивительно, что глава 5 ГК РФ называется: «Участие Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований в отношениях, регулируемых гражданским законодательством». Законодатель обошелся без упоминания о системе, не стал писать о едином и единственном Российском государстве в гражданском праве, поскольку не только гражданская правосубъектность, но и субъективные права собственности теперь принадлежат элементам системы (см.: *схема № 5*). Это обстоятельство не всегда учитывается в научных исследованиях, может быть даже редко учитывается. Например, Е.А. Суханов в одном из первых комментариев действующего ГК писал: «...сохраняется правило о множественности субъектов государственной собственности, в роли которых выступают Российская Федерация в целом (в отношении имущества, составляющего федеральную собственность) и ее субъекты – республики, края, области и т.д. (в отношении имущества, составляющего собственность субъекта Российской Федерации)» [11, с. 235]. Эта цитата на первый взгляд кажется констатацией очевидного факта – ГК РФ различает Российскую Федерацию и ее субъекты в качестве самостоятельных собственников, обладающих своим обособленным

имуществом. Однако словосочетание «Российская Федерация в целом» не позволяет пройти мимо этой цитаты в контексте нашего исследования. Надо полагать, что Е.А. Суханов в этом случае видит Российскую Федерацию как систему (целое), объединяющую субъекты РФ (части целого). В гражданском праве такое соотношение Российской Федерации и ее субъектов не должно приниматься. Для гражданского права Российская Федерация находится в таком же отношении к республике, краю, области, в каком каждый из субъектов РФ относится к другому субъекту РФ. Тогда становится понятным решение законодателя признать за Российской Федерацией право собственности только на федеральное имущество, то есть лишь на часть объектов, относящихся к разряду государственной собственности. Рискнем предположить, что М.И. Брагинский не говорил «Союз ССР в целом», так он мог высказаться о Советском государстве. Сегодня же так можно сказать о Российском государстве, если есть действительная необходимость показать систему публично-правовых образований и что-либо сообщить о ней.

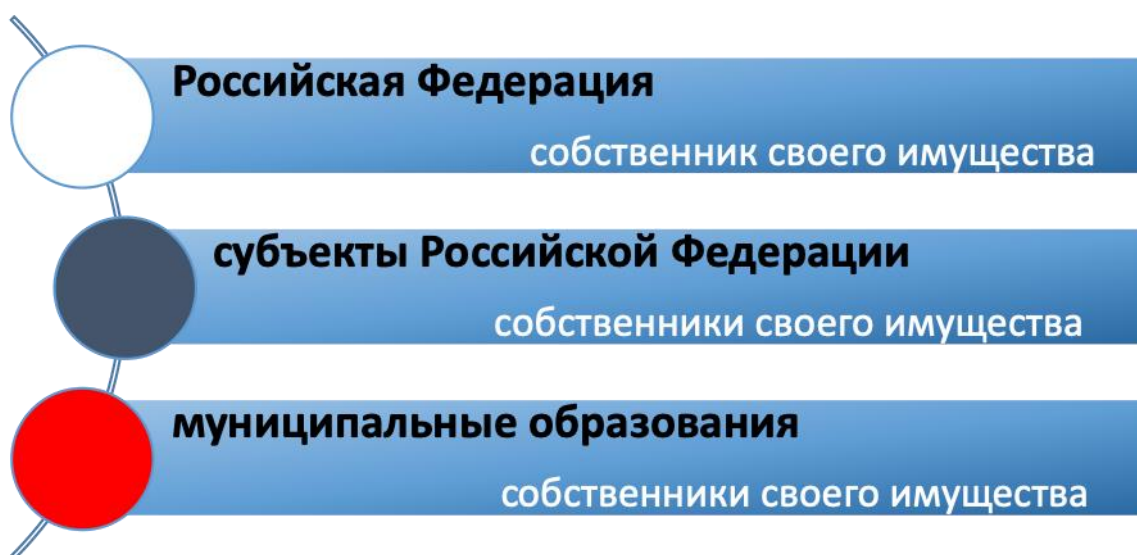


Схема № 5. Современная система субъектов права публичной собственности.

Надо заметить, что представления о государстве как правосубъектной системе не исчезли вовсе из современной юриспруденции. И сегодня можно

встретить утверждения, что наряду с известными гражданскому праву Российской Федерацией, субъектами РФ и муниципальными образованиями существует еще государство как организация, объединяющая Российскую Федерацию, субъекты РФ и муниципальные образования в одно целое, в систему. Н.И. Новокрещенова отмечает, что буквальное толкование ст. 124 ГК РФ позволяет ряду исследователей рассматривать современное Российское государство в качестве особой правосубъектной системы, включающей три уровня реализации публичных интересов: уровень Российской Федерации, уровень субъектов РФ и уровень муниципалитетов [12]. Такое понимание государства предлагается на страницах учебника по гражданскому праву, подготовленного коллективом кафедры гражданского права юридического факультета Санкт-Петербургского университета (автор соответствующей главы А.А. Иванов) [13]. Весьма показательными будут следующие слова из этого учебника: «Государство участвует в гражданском обороте не как нерасчлененное целое, а как совокупность субъектов разных уровней... Все эти субъекты независимы друг от друга и выступают как самостоятельные участники гражданско-правовых отношений» [13, с. 222]. Сначала утверждается, что *государство* в гражданском обороте *участвует*, потом все же признается, что участниками отношений будут отдельные части государства – независимые друг от друга разноуровневые субъекты (Российская Федерация, субъекты РФ и муниципальные образования). Но если в данном случае совокупное государство – своего рода «тень отца Гамлета», то в других современных исследованиях его пытаются наблюдать как реальный персонаж.

В этой связи интересна точка зрения В.Г. Голубцова: «Государственная (публичная) собственность должна расцениваться как единый имущественный комплекс государства в целом, как его материальная основа... Государство (субъект присвоения в экономическом смысле) как публичная организация, осуществляющая функции публичной власти в обществе, не совпадает с юридическим собственником имущества (субъектом права публичной собственности), каковыми являются Российская Федерация, субъекты

Российской Федерации, муниципальные образования» [14, с. 15]. В диссертационном исследовании В.Г. Голубцова этот фрагмент работы слегка иначе: «государство в целом» прямо названо собственником государственного имущества, но противопоставлено другим собственникам этого же имущества «по нормам Гражданского кодекса РФ», каковыми являются Российская Федерация и ее субъекты [15, с. 187].

Таким образом, существование Российской Федерации как собственника федерального имущества в представлении В.Г. Голубцова дополняется существованием еще и такого государства, которое своей личностью объединяет не только федеральное имущество, но и собственность субъектов РФ, и собственность муниципальных образований. Российская Федерация, субъекты РФ и муниципальные образования владеют, пользуются и распоряжаются своим имуществом, а всю выгоду от этого в конечном счете получает публичная организация, призванная осуществлять функции публичной власти. Эта публичная организация и есть государство-система, не совпадающая с Российской Федерацией, но включающая ее в свой состав, как включает она и субъекты РФ, и муниципальные образования. В.Г. Голубцов пишет об этой системе, называя ее «государство в целом», подчеркивает объединяющий характер такого государства. Российская Федерация в этом случае может претендовать в лучшем случае на роль центра государства-системы. Выходит, собственность Российской Федерации – это только часть имущественного комплекса. Весь комплекс принадлежит государству-системе, но гражданскому праву эти отношения не подчиняются, а по частям комплекс имущества является собственностью Российской Федерации, субъектов РФ и муниципальных образований. Вторая группа отношений собственности (с участием Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований) гражданскому праву вполне подведомственна, об этих отношениях мы узнаем, в частности из ГК РФ. После этого В.Г. Голубцов оставляет «государство в целом» без внимания в своем цивилистическом исследовании, что логично – ведь этому государству даже в качестве собственника нет места в гражданском

праве, поскольку «по нормам Гражданского кодекса РФ» собственниками являются Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования. Но возникает вопрос: если государство-система или «государство в целом» все-таки существует в качестве собственника всего государственного и муниципального имущества за пределами гражданского права, означает ли это наличие у него правосубъектности, например, конституционно-правовой? Если ответ отрицательный, как можно говорить о «государстве в целом», называя его собственником? Если ответ положительный, выходит, что в гражданском праве собственниками имущества являются одни лица (Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования), а в публичном праве собственником этого же имущества признается другое лицо (государство в целом). Но В.Г. Голубцов склонен считать институт публичной собственности единым институтом, хотя и комплексным, межотраслевым. Единство норм, регулирующих отношения государственной и муниципальной собственности, не располагает к такому принципиальному различию в субъектном составе отношений.

Можно сказать, в отечественном гражданском праве еще живы представления о государстве как системе, участвующей в отношениях собственности, о едином фонде государственной собственности. На смену Советскому государству с центром в лице Союза ССР в этих представлениях пришло «государство в целом» или Российское государство с центром в лице Российской Федерации. На постсоветском пространстве можно встретить даже законодательное воплощение идеи единого фонда государственной собственности, например, в Республике Казахстан. По законодательству Республики Казахстан государственное имущество разделяется на республиканское и коммунальное. Республика Казахстан и административно-территориальные единицы являются самостоятельными субъектами отношений собственности. Однако, согласно ст. 9 Закона Республики Казахстан от 1 марта 2011 года № 413-IV «О государственном имуществе» [16] передача имущества из состава республиканского имущества в состав коммунального имущества

или наоборот не влечет прекращения прав государства на имущество, но является основанием для прекращения прав Республики Казахстан на республиканское имущество и приобретения административно-территориальной единицей прав на коммунальное имущество или для прекращения прав административно-территориальной единицы на коммунальное имущество и приобретения Республикой Казахстан прав на республиканское имущество. То есть, право собственности Республики Казахстан может прекратиться, но это не будет означать прекращения прав государства на это имущество при передаче его в собственность административно-территориальной единицы. Выходит, что наряду с Республикой Казахстан существует еще государство-собственник, как надстроечное образование, призванное охватить своей правосубъектностью и Республику Казахстан, и административно-территориальные единицы. Однако, если Республика Казахстан получила в законе собственное наименование, то надстроечное государство, как совокупный собственник показано в законе весьма абстрактно. Естественно, что все внимание законодателя сосредоточено на личности Республики Казахстан и административно-территориальных единиц, а не на личности этого абстрактного государства

Вряд ли целесообразно сегодня именно так представлять отношения государственной и муниципальной собственности и их субъектный состав. Во всяком случае, даже В.Г. Голубцов признает, что «юридическими собственниками» являются элементы системы, а не сама система. Право государственной и муниципальной собственности в значительной мере находится в сфере действия гражданского права, в котором не поддерживается идея единого фонда государственной собственности, принадлежащего одному субъекту.

Библиографический список

1. См., например: Суханов Е.А. Правовая форма экономических отношений // Гражданское право России – частное право. – М.:

Статут, 2008. – С. 21–22; Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. – М.: Статут, 2010. – С. 216–224; Голубцов В.Г. Институт публичной собственности в современном гражданском праве // Вестник Пермского университета. – 2010. – № 2. – С. 107.

2. Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. – М. – Л.: Изд-во Академ. наук СССР, 1948. – 840 с.
3. Виткявичус П.П. Гражданская правосубъектность советского государства. – Вильнюс: Минтис, 1978. – 208 с.
4. Карасс А.В. Право государственной социалистической собственности (объекты и содержание). – М.: Изд-во Академ. наук СССР, 1954. – 280 с.
5. Корнеев С.М. Право государственной социалистической собственности в СССР. – Изд-во МГУ, 1964. – 256 с.
6. Миколенко Я.Ф. Государственные юридические лица в советском гражданском праве // Советское государство и право. – 1951. – С. 40–53.
7. Пушкин А.А. Советское государство как субъект гражданского права: Конспект лекций для студентов. – Харьков: Изд-во Харьковского юрид. инст-та, 1965. – 23 с.
8. Якушев В.С. О самостоятельности института права государственной социалистической собственности и его государственно-правовой природе // Сб. науч. тр. / Свердловский юрид. ин-т.-Свердловск, 1970. – Вып.13. – С.85–110.
9. Правоведение. – 1963. – № 1. – С. 49–59.
10. Брагинский М.И. Участие Советского государства в гражданских правоотношениях. – М.: Юрид. лит., 1981. – 192 с.
11. Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. – М., 1995. – 480 с.

12. Новокрещенова Н.И. Реализация государством публичных интересов при осуществлении правомочий собственника // Правовые вопросы недвижимости. – 2011. – № 1; Консультант Плюс: Справочно-правовая система [Электронный ресурс] / АО «Консультант Плюс». – Заглавие с экрана. – Режим доступа: (внутриуниверситетская компьютерная сеть).
13. Гражданское право: Учеб.: В 3 т. Т. 1. – 6-е изд., перераб. и доп. / Н.Д. Егоров, И.В. Елисеев и др.; Отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 776 с.
14. Голубцов В.Г. Участие Российской Федерации в имущественных отношениях, регулируемых гражданским законодательством: Автореф. дис. ...д-ра юрид. наук. – М., 2008.
15. Голубцов В.Г. Участие Российской Федерации в имущественных отношениях, регулируемых гражданским законодательством: Дис. ...д-ра юрид. наук. – М., 2008.
16. См.: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30947363#pos=383;-198

4.3. Субъекты права публичной собственности в России и республике Казахстан (Пятков Д.В.)²¹⁸

Современное решение вопроса о праве собственности Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований не является очевидным. Оно в значительной мере было подготовлено советской юридической наукой, но нельзя сказать, что вариантов не существовало. Большое распространение в советской юриспруденции получил взгляд на государство как систему, что в первую очередь обусловлено федеративным устройством СССР. Причем на вопрос о правосубъектности такой системы различными авторами давались неодинаковые ответы.

Наиболее последовательное решение было предложено М.И. Брагинским. Он рассматривал Советское государство в качестве правосубъектной системы, центром которой являлся Союз ССР, также действовавший в качестве самостоятельного субъекта права. СССР в гражданском праве – не система, а часть системы. «Советское государство» и «Союз ССР» – это не только разные термины, этим терминам соответствуют разные понятия. Система, которую возглавлял Союз ССР, состояла в первую очередь из союзных и автономных республик, а также всех известных административно-территориальных образований и государственных юридических лиц.

Субъектом права государственной собственности М.И. Брагинский признавал лишь саму правосубъектную систему – Советское государство. Причем институту права государственной собственности отводилось место в государственном праве. М.И. Брагинский считал, что «отношения, в которых государство выступает как собственник от своего имени, регулируются государственным, а не гражданским правом, и, следовательно, для выступления в подобных отношениях государство нуждается в правосубъектности

²¹⁸ Статья впервые опубликована в сборнике Правовые системы России и стран Центральной Азии: проблемы развития и взаимовлияния [Текст] : сборник тезисов международной научно-практической конференции, посвященной 55-летию юридического факультета АлтГУ (24–25 мая 2018 года, г. Барнаул) / под ред. А.В. Васильева, Е.С. Аничкина. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2018. – С. 488–494.

государственно-, а не гражданско-правовой»²¹⁹. В данном случае М.И. Брагинский разделит ранее высказанное и обоснованное мнение В.С. Якушева²²⁰. В сферу гражданско-правового регулирования попадали совершенно иные субъекты и отношения, а именно отношения оперативного управления. Субъектами права оперативного управления были признаны все звенья системы, каждый ее элемент: от Союза ССР до первичного административно-территориального образования, а также государственные юридические лица.

Столь важное для той эпохи единство государственной собственности нашло закрепление в нормах государственного права и выразилось в лице Советского государства, а столь необходимое для нормальной организации общественного хозяйства имущественное обособление субъектов закреплялось в гражданском праве и выражалось в лице Союза ССР, союзных республик и всех прочих звеньев системы.

Именно эта концепция, но получившая свое дальнейшее развитие в современных нам условиях, была одобрена российским законодателем и нашла отражение в ГК РФ. В чем преемственность? В том, что Российская Федерация, субъекты РФ и муниципальные образования признаются самостоятельными субъектами гражданского права. В чем заключено развитие? В том, что теперь Российская Федерация, субъекты РФ и муниципальные образования признаются самостоятельными субъектами гражданского права в ранге собственников, а не в качестве обладателей вторичного права оперативного управления. Образно говоря, в наше время элементы системы отняли титул собственности у системы, сделав существование системы фактом не столь значительным, как прежде.

Возникает вопрос: неужели Российская Федерация как субъект права – это не Российское государство? Не стоит этому удивляться. В советское время не

²¹⁹ Брагинский М.И. Участие Советского государства в гражданских правоотношениях. – М.: Юрид. лит., 1981. – С. 31.

²²⁰ Якушев В.С. О самостоятельности института права государственной социалистической собственности и его государственно-правовой природе // Сб. науч. тр. / Свердловский юрид. ин-т.-Свердловск, 1970. – Вып.13. – С.85–110.

считалось зазорным думать и говорить, что такое государство как Союз ССР отличается от Советского государства. Дело в том, что в гражданском праве словосочетание «Российская Федерация» используется не как географическое название, не для обозначения субъекта политики. Географические карты не помогут разобраться в вопросе о гражданской правосубъектности Российской Федерации и даже могут сбить с толку.

Не удивительно, что глава 5 ГК РФ называется: «Участие Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований в отношениях, регулируемых гражданским законодательством». Законодатель обошелся без упоминания о системе, не стал писать о едином и единственном Российском государстве в гражданском праве, поскольку не только гражданская правосубъектность, но и субъективные права собственности теперь принадлежат элементам системы. Это обстоятельство не всегда учитывается в научных исследованиях.

Например, Е.А. Суханов в одном из первых комментариев действующего ГК писал: «...сохраняется правило о множественности субъектов государственной собственности, в роли которых выступают Российская Федерация в целом (в отношении имущества, составляющего федеральную собственность) и ее субъекты – республики, края, области и т.д. (в отношении имущества, составляющего собственность субъекта Российской Федерации)»²²¹. Словосочетание «Российская Федерация в целом» не позволяет пройти мимо этой цитаты в контексте нашего исследования. Надо полагать, что Е.А. Суханов в этом случае видит Российскую Федерацию как систему (целое), объединяющую субъекты РФ (части целого). В гражданском праве такое соотношение Российской Федерации и ее субъектов не должно приниматься.

Н.И. Новокрещенова отмечает, что буквальное толкование ст. 124 ГК РФ позволяет ряду исследователей рассматривать современное Российское государство в качестве особой правосубъектной системы, включающей три

²²¹ Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. – М., 1995. – С. 235.

уровня реализации публичных интересов: уровень Российской Федерации, уровень субъектов РФ и уровень муниципалитетов²²². Такое понимание государства предлагается на страницах учебника по гражданскому праву, подготовленного коллективом кафедры гражданского права юридического факультета Санкт-Петербургского университета (автор соответствующей главы А.А. Иванов)²²³.

По мнению В.Г. Голубцова: «Государственная (публичная) собственность должна расцениваться как единый имущественный комплекс государства в целом, как его материальная основа... Государство (субъект присвоения в экономическом смысле) как публичная организация, осуществляющая функции публичной власти в обществе, не совпадает с юридическим собственником имущества (субъектом права публичной собственности), каковыми являются Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования»²²⁴. В диссертационном исследовании В.Г. Голубцова этот фрагмент работы слегка иначе: «государство в целом» прямо названо собственником государственного имущества, но противопоставлено другим собственникам этого же имущества «по нормам Гражданского кодекса РФ», каковыми являются Российская Федерация и ее субъекты²²⁵. Выходит, собственность Российской Федерации – это только часть имущественного комплекса. Весь комплекс принадлежит государству-системе, но гражданскому праву эти отношения не подчиняются, а по частям комплекс имущества является собственностью Российской Федерации, субъектов РФ и муниципальных образований. Вторая группа отношений собственности (с участием Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований) гражданскому праву вполне подведомственна, об этих отношениях мы узнаем, в частности из ГК РФ. После этого В.Г. Голубцов оставляет «государство в

²²² Новокрещенова Н.И. Реализация государством публичных интересов при осуществлении правомочий собственника // СПС КонсультантПлюс.

²²³ Гражданское право: Учеб.: В 3 т. Т. 1. – 6-е изд., перераб. и доп. / Н.Д. Егоров, И.В. Елисеев и др.; Отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 776 с.

²²⁴ Голубцов В.Г. Участие Российской Федерации в имущественных отношениях, регулируемых гражданским законодательством: Автореф. дис. ...д-ра юрид. наук. – М., 2008. – С. 15.

²²⁵ Голубцов В.Г. Участие Российской Федерации в имущественных отношениях, регулируемых гражданским законодательством: Дис. ...д-ра юрид. наук. – М., 2008. – С. 187.

целом» без внимания в своем цивилистическом исследовании, что логично – ведь этому государству даже в качестве собственника нет места в гражданском праве, поскольку «по нормам Гражданского кодекса РФ» собственниками являются Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования.

Можно сказать, в отечественном гражданском праве еще живы представления о государстве как системе, участвующей в отношениях собственности, о едином фонде государственной собственности. На смену Советскому государству с центром в лице Союза ССР в этих представлениях пришло «государство в целом» или Российское государство с центром в лице Российской Федерации. На постсоветском пространстве можно встретить даже законодательное воплощение идеи единого фонда государственной собственности, например, в Республике Казахстан. По законодательству Республики Казахстан государственное имущество разделяется на республиканское и коммунальное. Республика Казахстан и административно-территориальные единицы являются самостоятельными субъектами отношений собственности. Однако, согласно ст. 9 Закона Республики Казахстан от 1 марта 2011 года № 413-IV «О государственном имуществе»²²⁶ передача имущества из состава республиканского имущества в состав коммунального имущества или наоборот не влечет прекращения прав государства на имущество, но является основанием для прекращения прав Республики Казахстан на республиканское имущество и приобретения административно-территориальной единицей прав на коммунальное имущество или для прекращения прав административно-территориальной единицы на коммунальное имущество и приобретения Республикой Казахстан прав на республиканское имущество. То есть, право собственности Республики Казахстан может прекратиться, но это не будет означать прекращения прав государства на это имущество при передаче его в собственность административно-территориальной единицы. Выходит, что наряду с Республикой Казахстан существует еще государство-собственник, как

²²⁶ [Электронный ресурс]: // URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30947363#pos=383;-198 (дата обращения 18.06.2018)

надстроечное образование, призванное охватить своей правосубъектностью и Республику Казахстан, и административно-территориальные единицы. Однако, если Республика Казахстан получила в законе собственное наименование, то надстроечное государство, как совокупный собственник показано в законе весьма абстрактно. Естественно, что все внимание законодателя сосредоточено на личности Республики Казахстан и административно-территориальных единиц, а не на личности этого абстрактного государства

Вряд ли целесообразно сегодня именно так представлять отношения государственной и муниципальной собственности и их субъектный состав. Право государственной и муниципальной собственности в значительной мере находится в сфере действия гражданского права, в котором не поддерживается идея единого фонда государственной собственности, принадлежащего одному субъекту.

4.4. Право публичной собственности на вещи несвободные в обороте (Пятков Д.В., Савицкая П.В.)²²⁷

В нашем законодательстве публично-правовые образования считаются разновидностью субъектов гражданского права. В системе лиц они в равной мере обособлены от юридических лиц и физических. Являются они и субъектами права собственности. Публично-правовые образования имеют в своем распоряжении различное имущество, содержат его, отчуждают, в общем, осуществляют все правомочия собственника.

Для участников гражданского оборота важно знать не только, является ли предмет объектом гражданских прав, но и включен ли он в гражданский оборот. До недавнего времени не возникало вопросов относительно квалификации объектов, принадлежащих данным субъектам права, не возникало и вопросов на каком все-таки праве то или иное имущество принадлежит таким образованиям. Существуют, например, некоторые виды вещей, которые могут находиться только в собственности публично правовых образований, такие вещи ранее считались изъятыми из оборота.

Однако в ходе реформы гражданского законодательства из ГК РФ [3] была исключена категория вещей, полностью изъятых из оборота. Возникает вполне резонный вопрос: что стало с вещами, изъятыми из оборота?

Р.С Бевзенко высказал идею о том, что гражданское законодательство отказалась от выделения категории вещей, полностью изъятых из оборота, имея в виду, что такие вещи не могут стать объектами гражданских прав, а потому и определение их правового режима выходит за рамки гражданского права [1, с. 55]. Данная позиция ранее высказывалась и Е.А. Сухановым [5].

Следуя их позиции, если право не допускает оборот таких вещей, то они для него вообще безразличны. Гражданское право – это право оборота, и если оборот не может «закрутиться» вокруг какого-то блага, то оно объектом

²²⁷ Статья впервые опубликована в сборнике Актуальные проблемы борьбы с преступлениями и иными правонарушениями. – 2020. – 20-1. – С. 175–176.

гражданского права быть в принципе не может быть. При этом Р.С. Бевзенко отмечает, что из п. 2 ст. 129 ГК РФ явно следует, что сегодня ограниченные в обороте объекты нельзя рассматривать как «изъятые из оборота» согласно прежней редакции ст. 129 ГК РФ.

Однако данная точка зрения не является единственной, согласно другому подходу объекты, ранее считавшиеся изъятыми из оборота, теперь попадают в общую категорию «объекты, ограниченно оборотоспособные» (п. п. 1 и 2 ст. 129 ГК РФ). Данной позиции придерживается В.В. Витрянский [2, с. 13].

Если рассматривать первую точку зрения, то можно сделать далеко идущие выводы. Например, если объекты, изъятые из оборота, не являются объектами гражданских прав, значит и право собственности на них не может возникнуть в строгом гражданско-правовом смысле. Что представляют собой с точки зрения гражданского права те строения, принадлежащие публично-правовым образованиям, которые в силу своего публично-правового режима в принципе не могут использоваться в обороте. Согласно данной логике такие объекты не считаются вещами и остаются за рамками гражданского права.

Также, согласно новой редакции ст. 129 ГК РФ, Московский Кремль не является недвижимой вещью, чтобы ни говорила нам обывательская интуиция. Этот комплекс вообще не является недвижимой вещью, в силу своего публично-правового режима, он – федеральный историко-культурный заповедник, который может принадлежать только Российской Федерации. Право федеральной собственности на него регистрировать в реестре не нужно. Это публичная собственность в силу норм публичного права.

Р.С. Бевзенко считает, что потенциал новой редакции ст. 219 ГК РФ не раскрыт. Создается впечатление, что произошедшее у нас с категорией вещей, изъятых из оборота, очень близко к тому, как публичные строения, общественные и военные объекты и другое подобное имущество квалифицирует французское право: особый публичный домен, не подчиняющийся частноправовым нормам о собственности. При таком подходе

к ним, публичные вещи изымаются из сферы действия частного права, они – предмет заботы публичного права.

Интересным представляется исследование советского административиста Н.П. Карадже-Искрова, который анализировал такое понятие как «публичные вещи», т.е. вещи, которые могут принадлежать только государству. По его мнению, право государства на такие вещи представляет собой особую категорию отличную от права собственности. Он также отмечает, что Римское право вообще исключало возможность возникновения права собственности на публичные вещи, понятие собственности несовместимо с назначением публичной вещи в общее пользование [4, с. 25].

Однако стоит задуматься над тем, что «выбрасывая» такие объекты за рамки гражданского права мы приходим к тому, что освобождаем публичного собственника:

- от риска случайного повреждения и случайной гибели вещей,
- от бремени содержания,
- от необходимости соблюдать судебные процедуры при защите своего права.

Публичный собственник, во-первых, перестанет нести риски и бремя, возлагаемые на него гражданским законодательством, а во-вторых, у него появится возможность эти риски и бремя переложить на других собственников, поскольку публичное право решением таких принципиальных вопросов не занимается.

Например, решая спор о ДТП, в результате якобы ненадлежащего содержания дороги, суд применил к отношениям по содержанию муниципальных дорог нормы ст. 210 ГК РФ, ссылаясь на то, что собственник несет бремя содержания принадлежащего ему имущества, если иное не предусмотрено законом или договором, а собственником в данном случае является г. Барнаул. Аналогично рассуждал и суд города Волгограда, который пришел к выводу, что г. Волгоград, как собственник автомобильных дорог местного значения в границах города, несет и бремя их содержания, должен

обеспечивать безопасность дорожного движения. В этой связи, обязанность по приведению внутриквартальных дорог в надлежащее состояние должна быть возложена на Администрацию Волгограда. В данном случае нормы о бремени содержания были решающими для суда.

Если принять во внимание рассуждения Р.С. Бевзенко о том, что дорога – не вещь и убрать их за рамки гражданского права, признать что на них не может быть права собственности, то какой отраслью будет регулироваться вопрос, например, о содержании такой «не вещи»? Будет ли у г. Барнаула или г. Волгограда такая обязанность за пределами гражданского права?

Литература

1. Бевзенко Р.С. Земельный участок с постройками на нем: введение в российское право недвижимости [Электронное издание]. – М.: М-Логос, 2017. – 80 с.
2. Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. – М.: Статут, 2016.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): Федеральный закон от 30.11.1994 № 52-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.
4. Карадже-Искров Н.П. Публичные вещи, – Иркутск, 1927.
5. Суханов Е.А. Вещное право: Научно-познавательный очерк. – М.: Статут, 2017.

4.5. Право собственности соседей как сфера взаимодействия цивилистики и административного права (Пятков Д.В., Пяткова М.Д.)²²⁸

В мае 2017 года ст. 71 Закона Алтайского края «Об административной ответственности за совершение правонарушений на территории Алтайского края» [5] была признана недействующей Алтайским краевым судом. Согласно оспоренной статье, владелец домашнего животного был обязан соблюдать муниципальные правила содержания домашних животных и птиц. В частности, согласно п. 2.2 Правил содержания домашних животных на территории города Барнаула владелец домашнего животного нес обязанность «обеспечивать безопасность граждан от воздействия домашних животных, а также спокойствие и тишину для окружающих» [4]. При этом в законодательстве никак не конкретизировалась данная диспозиция и понятие «тишина». Решение Алтайского краевого суда оставлено без изменений Судебной коллегией по административным делам Верховного суда РФ [8].

Одним из доводов административного истца, хотя и не получившим оценку со стороны суда, но приведенным в исковом заявлении, было утверждение о том, что краевой закон ограничивает его право собственности на домашнее животное, в частности собаку. Оспариваемая норма ставит владение собакой в зависимость от уплаты административных штрафов, тем самым вынуждает отказаться от права собственности, так как собственник собаки не может полностью устранить шум, создаваемый домашним животным, а значит, не может обладать им, не нарушая закон. Тишиной обычно называют отсутствие звуков, шумов [9]. Обеспечить соседям столь комфортные условия не способны не только владельцы животных, но и многие другие люди, ведущие сколько-нибудь активный образ жизни. Основанием для привлечения к административной ответственности мог послужить любой слышимый соседом звук, издаваемый животным. Возможно, спор не возник, если бы

²²⁸ Статья впервые опубликована в журнале Вестник Барнаульского юридического института МВД России. – 2019. – № 1. – С. 91–92.

формулировка статьи была иной. Например, владелец животного обязывался не «обеспечивать тишину», а «соблюдать допустимый уровень шума». Надо заметить, что действующий в настоящее время Закон Алтайского края «О содержании и защите животных на территории Алтайского края» [6] заметно смягчил требование к владельцам животных. Они обязаны принимать меры по обеспечению тишины и покоя граждан в соответствии с Законом Алтайского края «Об обеспечении тишины и покоя граждан на территории Алтайского края» [3]. Требование «обеспечить» тишину заменено требованием «принимать меры» к обеспечению тишины, но сама идея «тишины» осталась. Закон Алтайского края «Об обеспечении тишины и покоя граждан на территории Алтайского края» не допускает нарушение тишины и покоя граждан в определенное время суток, что вполне разумно, поскольку вести себя тихо круглосуточно не под силу любому нормальному человеку. Но в заповедные часы, например с 22 часов до 8 часов в будние дни, законодатель сурово требует тишины, то есть отсутствие звуков. Между тем, в федеральном санитарном законодательстве широко используется понятие «предельно допустимые уровни шума», что представляется более разумным, нежели требовать отсутствие шума вообще.

В целом, ситуация описанная выше иллюстрирует не только конфликт между краевым законом и федеральным законодательством (что и стало главным основанием для признания оспоренной статьи недействующей), но и конфликт между нормами гражданского и административного права. С одной стороны, гражданское право предполагает свободу в осуществлении права собственности, с другой, административное право требует соблюдения тишины в интересах общества, в частности – соседей.

Предполагаем, что в данной ситуации именно нормы соседского права могли бы способствовать решению проблемы как на уровне конкретного правового конфликта, так и на уровне законодательства. Хорошо знакомое мировой цивилистике соседское право как ограничение права собственности в интересах соседа, пока не воспринято российской правовой системой.

Актуальной эту проблему делают частые правовые конфликты между соседями, более эффективному решению которых могут способствовать нормы соседского права [2, с. 96]. Во многом соседское право конкретизирует и уточняет основные принципы гражданского права, например, принцип добросовестности, делает их более понятными для людей без юридического образования. В любом случае, стоит учитывать мировой опыт использования соседского права для изменения действующего законодательства, решения его проблем, отражающихся непосредственно на жизни граждан и осуществлении их прав и обязанностей.

Например, нормы соседского права закреплены в законодательствах Германии, Швейцарии и Австрии. Существует тенденция разделения норм соседского права на общую и особенную часть. При этом в общей части перечислены положения, основанные на обязанности соседей «терпеть» друг друга, а также запреты на совершение некоторых действий на своем участке. В особенной же части содержатся специальные правила, относящиеся к конкретным ситуациям [1, с. 71].

Согласно ст. 293 ГК РФ в редакции, закрепленной в проекте № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации», собственник земельного участка должен претерпевать воздействие исходящих с соседнего земельного участка газов, паров, запахов, дыма, копоти, тепла, шумов, вибрации и иное подобное воздействие, если оно не оказывает влияния на использование его земельного участка или оказывает на его использование такое влияние, которое не превышает установленных нормативов, разумных пределов исходя из природы и местоположения земельных участков или из обычая [7]. Несмотря на то, что в этой статье говорится о земельных участках, а не жилых помещениях, мы можем говорить о том, что ситуации аналогичны, а значит и в случае с домашними животными, сосед должен терпеть некоторые неудобства если они не являются критичными. А владелец животного, в свою очередь,

должен заботиться о комфорте окружающих и не злоупотреблять своим правом собственности. Именно такой подход в нормативных правовых актах и правосознании людей может позволить соседям сосуществовать с минимальным количеством конфликтов, несмотря на разные интересы.

Очевидно, что идее соседских прав, гораздо более созвучно то требование административного законодательства, которое может быть выражено словами «не превышать допустимый уровень шума», но отнюдь не требование тишины. Две отрасли одной правовой системы не могут по-разному оценивать одну жизненную ситуацию. Если гражданское законодательство призывает к некоторому терпению в соседских отношениях, административное законодательство не должно обнадеживать тех же соседей обещанием полного комфорта.

Литература

1. Емелькина И. А. Сюбаева Ю. Д. Соседское право в гражданском праве Германии, Австрии, Швейцарии, Франции, США: сущность и закономерности развития // Социально-политические науки. – 2017. – № 6.
2. Курмаева Ю. Д. «Соседское право» как самостоятельный институт гражданского права // Вестник Омского университета. – 2017. – № 2.
3. Об обеспечении тишины и покоя граждан на территории Алтайского края: Закон Алтайского края от 06.12.2017 № 95-ЗС [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Кодекс».
4. Об утверждении Правил содержания домашних животных на территории города Барнаула: решение Барнаульской городской Думы от 22 декабря 2006 г. № 481 // Вечерний Барнаул. – 2007. – 23 января.
5. О внесении изменений в закон Алтайского края «Об административной ответственности за совершение правонарушений на территории Алтайского края»: Закон Алтайского края от 5 октября

2006 г. № 105-ЗС // Сборник законодательства Алтайского края. – 2006. – № 126 (ч. 1).

6. О содержании и защите животных на территории Алтайского края: Закон Алтайского края от 06.12.2017 № 96-ЗС [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Кодекс».
7. Проект № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Кодекс».
8. Решение Алтайского краевого суда от 18.05.2017 № 3а-537/2017. URL: <http://www.akzs.ru/cache/6059-3a-537-2017sOprVSRFot04.10.17.pdf> (дата обращения 27.11.2018).
9. Толковый словарь русского языка Дмитриева Д. В. URL: <https://dic.academic.ru/dic.nsf/dmitriev/5366> (дата обращения 27.11.2018).

4.6. Момент возникновения права собственности на недвижимость: новеллы законодательства и судебной практики (Пятков Д.В.)²²⁹

В гражданском законодательстве нет недостатка норм, определяющих момент возникновения права собственности на недвижимость. Например: п. 2 ст. 8.1, ст. 219, ст. 223 ГК РФ. За редким исключением право собственности на недвижимую вещь считается возникшим у приобретателя с момента регистрации этого права. Традиция буквального понимания этих норм такова: нет регистрации - нет права. Правоустанавливающее значение регистрации кажется таким очевидным, что не должно быть сомнений и разночтений на этот счет. Тем не менее, в отечественной юриспруденции существует и с течением времени только усиливается стремление специалистов преодолеть столь упрощенное понимание названных норм ГК РФ.

Анализируя ст. 25 Федерального закона от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», М.И. Брагинский приходит к такому выводу: «...есть основания полагать, что в подобных случаях правом собственности на незавершенное строительство лицо обладало и до регистрации, но она понадобилась ему для подтверждения этого своего права, без чего оно не могло им распорядиться» [1, с. 144]. Это наблюдение М.И. Брагинского позволяет поставить весьма непростой вопрос: что если право собственности на недвижимость всегда возникает до регистрации, а ст. 219 ГК РФ и подобные ей статьи не следует понимать буквально? Обязательность регистрации представляется некоторым ограничением, которое испытывают участники гражданского оборота. *В момент регистрации преодолевается препятствие в осуществлении прав, но сами права возникли прежде того.*

Наше законодательство весьма неоднородно в том, что касается определения момента возникновения права собственности на недвижимость.

²²⁹ Статья впервые опубликована в журнале Вестник Барнаульского юридического института МВД России. – 2017. – № 1. – 128–130.

При желании можно обнаружить в законе, в первую очередь в том же ГК РФ, достаточные основания для вывода о возникновении права собственности до его регистрации. Согласно ст. 551 ГК РФ, переход права собственности на недвижимость по договору продажи недвижимости к покупателю подлежит регистрации. При этом законодатель подчеркнул, что исполнение договора сторонами до регистрации перехода права собственности не является основанием для изменения их отношений *с третьими лицами*. Приведенную норму ст. 551 ГК РФ можно понимать так, что с моментом регистрации права собственности связан лишь момент изменения отношений сторон договора *с третьими лицами*, но регистрируемое за покупателем право появляется у него в отношениях *с продавцом* до регистрации, то есть сразу после исполнения продавцом договора купли-продажи.

В газете «ЭЖ - Юрист» был опубликован такой пример из практики. По договору купли-продажи муниципальное образование приобрело спорное здание у коммерческой организации. Здание передано муниципальному образованию по акту приема-передачи, оплата произведена. Учитывая, что продавец имущества в последствии был ликвидирован, в связи с чем обращение его в регистрирующий орган оказалось невозможно, муниципальное образование обратилось в арбитражный суд с иском к регистрирующему органу о регистрации права собственности на здание.

Судом была применена по аналогии норма п. 3 ст. 551 ГК РФ: в случае, когда одна из сторон уклоняется от регистрации перехода права собственности на недвижимость, суд вправе по требованию другой стороны вынести решение о регистрации перехода права собственности [5].

Оставляя в стороне сугубо процессуальные моменты этого дела, следует поддержать суд в стремлении найти адекватное решение проблемы истца. Но лучшим обоснованием такого решения может быть сделанный ранее вывод, что право собственности переходит к покупателю до его регистрации, а потому *покупатель обращается в суд как собственник приобретенного имущества*, требуя признать свое право собственности. Скажем так: по закону в этой

ситуации *третьи лица* могут и не признавать покупателя собственником имущества, поскольку переход права не зарегистрирован, но у покупателя есть основание требовать в суде признание своего права, поскольку оно у него все же возникло. *Для продавца, покупателя и для суда покупатель стал собственником.* Суд, признавая право, не создает его для покупателя своим решением, а всего лишь устраняет неопределенность в правоотношениях с *третьими лицами*, вызванную несоблюдением требований законодательства о регистрации перехода права, создает *для третьих лиц* обязанность признавать покупателя собственником имущества.

Удивительно, что новый Федеральный закон от 13.07.2015 № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» [3] не поддерживает общую идею п. 2 ст. 8.1, ст. 219, ст. 223 ГК РФ. Регистрация определяется в качестве акта признания, подтверждения и доказательства прав (ст. 1 Федерального закона). Актом образования права собственности регистрация не названа.

В доктрине, законодательстве и правоприменительной практике утверждается новое представление о регистрации прав; возникновение права собственности перестают связывать просто с некоторым моментом во времени; формирование полноценного субъективного права часто воспринимается как длительный процесс, начало которому стороны полагают до регистрации. Впору говорить о существовании до регистрации какого-то предварительного права, полуправа, а лучше - *ограниченного права собственности.*

К сожалению, ни в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации [2], ни в обновленной редакции ГК РФ, эти тенденции не находят поддержки. Авторы Концепции предлагали закрепить правоустанавливающую роль регистрации прав и сделок, тем самым утверждали весьма сомнительную привязку возникновения права собственности на недвижимость к моменту регистрации права. Так и случилось в результате принятия поправок в ГК РФ и введения в него ст. 8.1. Впрочем, существуют законодательные новеллы, которые утверждают правоподтверждающее значение государственной регистрации. Правда, эти

новеллы касаются государственной регистрации сделок, а не прав. Согласно ст. 433 ГК РФ договор, подлежащий государственной регистрации, считается для третьих лиц заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом. Очевидно, что добавленное в 2015 году словосочетание «для третьих лиц» призвано подчеркнуть состоявшееся уже до государственной регистрации договора возникновение обязательственных отношений между сторонами. Итак, для сторон государственная регистрация договора имеет правоподтверждающее значение. Это изменение, в совокупности в правиле п. 2 ст. 551 ГК РФ, заставляет проявлять осторожность в определении юридического значения государственной регистрации как прав, так и сделок. Законодательство не располагает нас к однозначному решению этого вопроса.

Однако наибольший интерес здесь вызывает постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», в п. 38 которого можно прочитать следующее: «По смыслу статьи 131 ГК РФ закон в целях обеспечения стабильности гражданского оборота устанавливает необходимость государственной регистрации права собственности и других вещных прав на недвижимые вещи, ограничения этих прав, их возникновение, переход и прекращение. При этом по общему правилу государственная регистрация права на вещь не является обязательным условием для признания ее объектом недвижимости (пункт 1 статьи 130 ГК РФ)» [4]. Итак, по мнению высшей судебной инстанции недвижимость возникает до государственной регистрации права на имущество, но недвижимость - это объект гражданских прав, следовательно, признавая недвижимость существующей, мы признаем существующим объект гражданских прав, а значит и само право на него. Таким образом, Верховный Суд РФ признает право на недвижимость возникающим до его государственной регистрации. Надо полагать, дискуссия о правовой природе государственной регистрации прав и моменте их возникновения далека от завершения.

Литература

1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М.: Статут, 2002. – С. 144.
2. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации // Вестник ВАС РФ. – 2009. – № 11. – С. 8– 99.
3. О государственной регистрации недвижимости: Федеральный закон от 13.07.2015 № 218-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2015. – № 29 (часть I). – Ст. 4344.
4. О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – № 8. – 2015.
5. ЭЖ - Юрист. – 2007. – № 47.

Раздел 5. Проблемы гражданско-правового регулирования отдельных сфер общественной жизни

5.1. Правовые формы финансирования девелоперской деятельности (Пронина Н.А.)²³⁰

Преобразование социально-экономического строя Российской Федерации в 90-х годах XX века внесло кардинальные новшества в сферу возведения объектов недвижимости. «Объемы строительных работ, осуществляемых за счет бюджетных средств, особенно в сфере жилищного строительства, многократно сократились, а в некоторых регионах сошли практически на нет. Инвестиционные вложения в области капитального строительства носят в основном негосударственный характер. Из под опеки государства в результате приватизации вышло большинство предприятий строительной индустрии. Таким образом, уже к середине 90-х годов в рассматриваемой сфере явно преобладали частнособственнические отношения...»²³¹. Возрастание роли частного капитала заставило искать формы его вовлечения в сферу возведения объектов недвижимости. Двигаясь в этом направлении, участники оборота столкнулись с целым комплексом проблем, преодоление которых явилось делом весьма затруднительным и долгосрочным.

В последние годы стало выделяться такое направление экономической деятельности, как девелопмент, который представляет собой деятельность по качественному преобразованию объекта недвижимости с целью увеличения его рыночной стоимости. Компании, оказывающие девелоперские услуги, серьезно заявили о себе на рынке строительства жилой недвижимости и объектов нежилого назначения. Известны представители данной отрасли, которые

²³⁰ Работа ранее не публиковалась.

²³¹ Гражданское право. Том 2. Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М., 1999. – С. 331.

принимали активное участие в значимых для страны проектах, например, при подготовке к Олимпиаде-2014 в г. Сочи.

Первые работы, рассматривающие особенности российского девелопмента, принято относить к началу 2000-х, однако, в основном они были посвящены лишь самым общим вопросам девелоперского бизнеса, много разработок в экономических науках посвящено девелопменту. Настоящее исследование имеет целью рассмотреть договорные формы, используемые в девелоперском бизнесе сегодня для оформления внутренних отношений (заказчик, собственник проекта – девелопер) и внешних отношений (девелопер – приобретатель объекта).

Не случайно фокус исследования делается именно на актуальном договорном регулировании, поскольку сфера строительства, финансирования строительной деятельности, особенно, строительства жилья – это предмет постоянного внимания и, следовательно, постоянного регулирования отрасли со стороны государства. Претерпевает изменения и Налоговый кодекс РФ. Эти изменения не могут не отражаться на построении хозяйственных отношений в сфере девелопмента. Как эти отношения оформляются сегодня, какие практические и теоретические вопросы возникают в этой связи, каковы тенденции развития – эти и другие вопросы будут предметом исследования в настоящей работе.

История становления и развития законодательства, регламентирующего финансирование строительства

Исследование любого вида общественных отношений приводит к выводу о том, что история возникновения в обществе каких-либо отношений - практически всегда триединство; во-первых, предпосылок зарождения новых общественных отношений (экономическая история), во-вторых, возникновения и влияния доктрины на развитие данных отношений (научная история), и, в-третьих, развития правового регулирования (правовая история).

Корни возникновения инвестирования в строительстве уходят к тому моменту в прошлом, когда возникла необходимость строительства больших и объемных объектов, создание которых требовало вложения значительных средств. Наиболее активными темпами эти процессы стали развиваться в двадцатые годы двадцатого века. «После революции 1917 г. правовое регулирование строительного законодательства прошло в своем развитии несколько периодов, в течение которых постепенно придавалось особое значение договору строительного подряда, а вместе с ним определялись участники строительства – заказчик, подрядчик, а позднее организация – дольщик, или, как теперь принято ее называть, инвестор»²³². В то время заключение и исполнение договоров строительного подряда подлежало особому контролю со стороны государства: о наличии каждой такой договорной формы необходимо было сообщать в финансовые органы²³³.

В последующем тенденция на свертывание рыночных механизмов в строительной отрасли только укрепилась, однако, потребности в жилье вынудили законодателя ввести возможность финансирования строительства частными лицами, а не только государством в лице соответствующих органов, предприятий и организаций. Так возник институт жилищной кооперации.

19 августа 1924 г. ЦИК и СНК СССР издали постановление «О жилищной кооперации», в силу которого создавались различные виды жилищных кооперативов: жилищно-арендные кооперативные товарищества, рабочие жилищно-строительные кооперативные товарищества, общегражданские жилищно-строительные кооперативные товарищества. На данном этапе основной формой финансирования были средства государства через кредит Центробанка.

На рубеже 30-х годов все больший вес в строительстве приобретают подрядные отношения. Как отмечал Иоффе О.С., «во второй половине 30-х гг., ввиду выделения строительной индустрии в самостоятельную отрасль

²³² Муравьев Б.В. Инвестиционные обязательства в строительстве // Юрист. – 2001. – № 2. – С. 39.

²³³ Декрет СНК СССР от 01.12.1919 // Собрание узаконений РФ. – 1919. – № 62. – Ст. 571.

народного хозяйства, меняется отношение между основными методами строительства: хозяйственный метод отошел на второй план, уступив ведущее место подрядному методу»²³⁴.

В тех же 30-х годах впервые в истории российского законодательства появились нормативные акты, которые предоставляли предприятиям право использовать накопленные ресурсы для жилищного строительства, предусмотренного финансовым планом²³⁵.

В развитие этой практики Постановлением ЦК КПСС и СМ СССР от 31.07.1957 г. «О развитии жилищного строительства в СССР»²³⁶ был определен субъектный состав инвестиционного процесса: инвесторов в лице организаций и предпринимателей и заказчиков в лице местных Советов. Предпринимались попытки разработки и внедрения типовых договоров в сфере строительства. Так, Акманов С.С. выдвинул предложение использования в практической деятельности типового договора «о передаче средств и предоставлении в пользование объектов, построенных в порядке долевого участия»²³⁷.

Таким образом, верным является замечание Скловского К.И., что «договоры долевого участия достались нам в наследство от советского хозяйственного уклада, когда с помощью этих договоров осуществлялось вложение средств – ... инвестирование. По своей природе эти договоры примыкали к совместной деятельности...»²³⁸.

Участие в финансировании строительства граждан осуществлялось посредством участия их в жилищно-строительных кооперативах. При вступлении в кооператив гражданин уплачивал вступительный взнос, в дальнейшем периодически оплачивал паевой взнос. Финансирование строительства производилось за счет этих двух взносов. При этом размеры, порядок и условия уплаты определялись уставом кооператива и решениями

²³⁴ Иоффе О.С. Гражданское право. Избранные труды. – М., Статут. – 2000. – С. 432.

²³⁵ Постановление СТО от 02.12.1931 г. «О прибылях предприятий, входящих в объединения и тресты // Решения партии и правительства по хозяйственным вопросам. – М., 1967. – Т. 2. – С. 367–368

²³⁶ Постановление ЦК КПСС и СМ СССР от 31.07.1957 г. «О развитии жилищного строительства в СССР» // СП СССР. – 1957. – № 9. – Ст. 102.

²³⁷ Акманов С.С. Местные Советы и социальное планирование. – М., 1977. – С. 25.

²³⁸ Скловский К.И. Гражданский спор: Практическая цивилистика. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Дело, 2003. – С. 108.

общего собрания²³⁹. Оплата вступительного взноса при условии нуждаемости в улучшении жилищных условий служила основанием для вселения в квартиру.

С 1990 г. жилищная политика стала функционировать на новых принципах, основанных на стремлении сократить долю государственного участия в жилищном строительстве и повысить роль рыночных механизмов в этом процессе.

Говоря о строительстве и учитывая большое количество споров в современный период о праве на возведенный объект недвижимости, нельзя не сказать о специфике отношений по застройке в римском праве, в дореволюционном отечественном праве и в современных зарубежных правовых порядках.

Если обратиться к опыту римских юристов, можно обнаружить следующее. Правовое регулирование отношений по возведению объектов недвижимости разнилось в зависимости от того, кто является собственником земельного участка, на котором будет производиться строительство. И это не случайно, ведь римляне всегда признавали землю с постройками одним целым, причем земля считалась главной частью, а все, что ее покрывало, разделяло ее участь. «Приращение к земле всех предметов, неразрывно с ней связанных, издревле признавалось римским правом, и в классическую эпоху юристы считали противоположное явление прямо немислимым даже с точки зрения естественного права»²⁴⁰. «*Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit*. Кроме того, то что на нашей земле построено другим лицом, хотя бы он построил на свое имя, по естественному праву становится нашим, так как поверхность уступает почве»²⁴¹.

²³⁹ Кооперативное право: Учебное пособие / А.А. Собчак, В.Ф. Яковлева, В.С. Тимескова и др. / Под ред. А.А. Собчака, В.Ф. Яковлевой, И.Д. Егорова. СПб.: Издательство Санкт-Петербургского университета, 1992. – С. 177.

²⁴⁰ Кассо Л. Здание на чужой земле. – М., 1905. – С. 3.

²⁴¹ Дождев Д.В. Практический курс римского права. Ч. I: Учеб.-практ. Пособие. – М.: Дело, 2000. – С. 192.

Соответственно, если строение возводилось на чужой земле, действовал принцип *superficies solo cedit*, причем он применялся также и при застройке своей земли чужим материалом.

Интересно, что институт суперфиция возник в условиях, сходных с современными, когда наблюдается острая потребность в жилье и гражданский оборот нацелен на создание и применение новых правовых форм, опосредующих отношения застройки и приобретения жилья во вновь построенных объектах недвижимости. Происхождение суперфиция как особого вида *iura in re aliena* относится к периоду Республики, когда римское государство предоставляло государственные земли частным лицам для застройки. Известно, что уже в 298 г. до н.э. Авентийский холм был отдан в пользование плебеям под застройку²⁴². Примечательно, что изначально суперфиций возникал на базе арендных отношений. Нуждающиеся в жилище римляне заключали с городскими общинами и муниципиями договоры аренды на очень продолжительное время с правом постройки на ней дома за счет своих средств. Такая практика получала все большее распространение по двум причинам, во-первых, в связи с необходимостью окультивации пустующих и нерасчищенных земель вокруг городов, во-вторых, ограниченная оборотоспособность государственных и муниципальных земель, в связи с чем возможность распоряжения ею сводилась только к аренде, существовал запрет на отчуждение упомянутого имущества в собственность граждан как *lusa publica*.

Впоследствии право застройщика приобрело вещный характер, отделившись от обязательственных отношений найма, хотя основанием возникновения суперфиция вполне мог быть договор аренды (*locatio-conductio*) земельного участка, поскольку специального контракта для установления суперфиция римскими юристами выработано не было. А специальная цель арендатора – использовать землю для возведения здания – предопределила

²⁴² Копылов А.В. Вещные права на землю в римском, русском дореволюционном и современном российском гражданском праве. – М.: «Статут», 2000. С. 129.

необходимость включения в договор особых условий, относящихся к застройке (Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt... Мы называем строениями в режиме суперфиция те, которые возведены на арендованной земле... {Gai., 25 ad ed.provinc., D. 43,18.2}²⁴³).

Superficiis (суперфиций) – буквально, все то, что прочно связано с землей. Исходя из буквального толкования самого термина и приобретенной впоследствии вещной защиты, суперфиций в практике преторов рассматривался как вещь, юридически отделенная от поверхности и имеющая обособленное правовое положение²⁴⁴. Как особое правоотношение, суперфиций представлял собой наследственное и отчуждаемое право пользования в течение длительного срока строением, возведенным на чужой земле²⁴⁵.

Предметом суперфиция могли быть находящиеся на чужом земельном участке здания, строения, простая надстройка (этаж, возведенный на чужом здании). Постройка здания производилась суперфициарием, это входило в круг его обязанностей, равно как и бремя несения государственных повинностей, лежащих на поземельном имуществе, а также обязанность уплачивать solarium за пользование имуществом. Принципиально важно в правовом положении застройщика то, что он имел вещное право пользования имуществом, которое по объему правомочий приближалось к праву собственности: суперфициарий настолько свободно пользовался имуществом, что мог располагать субстанцией вещи, допуская даже некоторое ухудшение имущества, он подобно собственнику извлекал плоды из строения (например, от сдачи здания в аренду), суперфициарий свободно распоряжался строением при жизни и на случай смерти (при этом согласия собственника участка на это не требовалось, преимущественного права покупки он тоже не имел)²⁴⁶.

Аналогичным образом, то есть, отталкиваясь от прав на землю, строились в Риме и подрядные отношения. «Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri

²⁴³ Дождев Д.В. Практический курс римского права. Ч. I: Учеб.-практ. пособие. – М.: Дело, 2000. – С. 191.

²⁴⁴ Дождев Д.В. Указ. соч. – С. 176.

²⁴⁵ Римское частное право {Текст}: учебник / под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. – М.: ИД «Юриспруденция», 2006. – С. 175.

²⁴⁶ Копылов А.В. Указ.соч. – С. 131.

velimus, veluti statuum vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non datur ab eo, cui id fieret: aliter atque si aream, darem, ubi insulam aedificaret, quoniam tunc a me substantia proficiscitur (D.18.1.20) – На обращенный к Сабину вопрос этот юрист ответил, что если мы хотим заказать для себя какую-нибудь вещь, например, статую, сосуд или платье, так, что мы не даем мастеру ничего, кроме денег, то это – договор купли: не может быть договора найма в тех случаях, когда тот, для кого выполняется работа, не предоставляет самого материала. Иное дело, если я даю участок, чтобы другое лицо построило на нем дом: здесь самое существенное идет от меня»²⁴⁷.

Таким образом, в тех случаях, когда подрядчик работает со своим материалом, римские юристы видят наличие договора купли-продажи. Разграничительная линия между подрядом и куплей проводилась в зависимости от того, кто дает самый существенный материал для выполнения работы. Для постройки самым основным элементом являлась земля, в том случае, когда постройка производится на земле заказчика, договор рассматривается как подряд (location-conductio operis).

Обратимся теперь к русской правовой жизни, где также встречаются нормы о застройке. Так, в законодательстве Московского государства были постановления, стремящиеся охранять постройки, возведенные на земле, переходящей потом к новому хозяину. Далее, в XVIII веке обнаруживаются попытки законодателя устранить ограничения собственности, вытекающие из соединения прав двух лиц на один застроенный участок. Межевая инструкция Екатерины II от 25 мая 1766 г. содержит нормы, «имеющие цель положить конец раздвоению права собственности между зданием и землей, но консолидация происходит здесь не в пользу хозяина участка, а в пользу строителя или его преемника²⁴⁸». К концу XIX века наибольшего расцвета достигло чиншевое право, однако отмечалось, что в законодательстве

²⁴⁷ Римское частное право {Текст}: учебник / под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. – М.: ИД «Юриспруденция», 2006. – С. 373.

²⁴⁸ Кассо Л.А. Указ. соч. – С. 31.

встречались права отдельного владения на казенных участках, отдаваемых под застройку частным лицам. Это право отчуждаемо, казна имеет право обратиться на него взыскание в случае неуплаты оброка. На вопрос, было ли здесь право собственности владельца участка на здание или только *jus in re aliena*, Кассо Л.А. отмечает: «земля и здания принадлежат казне в собственность, а право оброчного содержателя относится к недвижимости»²⁴⁹.

И только ряд социально-экономических факторов в начале XX века побудили отечественного законодателя принять 23 июня 1912 г. Закон о праве застройки.

Под правом застройки понималось вещное право срочного, отчуждаемого и наследуемого владения чужой землей как строительной площадью за вознаграждение²⁵⁰.

Современное зарубежное законодательство строится по принципу, определявшему структуру подрядных отношений еще со времен Рима: если поставщик изготавливает вещь из собственного материала, хотя бы и по заказу контрагента, то в большинстве стран такие отношения признаются договором купли-продажи будущей вещи²⁵¹. Решающее значение придается тому обстоятельству, что поставщик, изготавливая из своего материала, становится собственником созданной вещи. На этой позиции стоит практика Франции, Англии, США и с оговорками Германии.

Рассматривая мировой опыт обеспечения населения жильем, необходимо иметь в виду, что на практическое развитие и организацию финансирования жилищного строительства за счет граждан решающее влияние оказывает жилищное кредитование. Эти факторы послужили основой для образования в мире десятков разновидностей и вариантов организации жилищной финансовой помощи. На основании изложенного «технология инвестирования в жилищную сферу строится на трех основных принципах: контрактные сбережения, ипотечное кредитование и государственная поддержка. Конечно, конкретные

²⁴⁹ Кассо Л.А. Указ. соч. – С. 38–39.

²⁵⁰ Копылов А.В. Указ. соч. – С. 140.

²⁵¹ Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. Е.А. Васильев. Изд. 2-е, перераб. и доп. – М.: Международные отношения, 1992. – С. 349.

механизмы реализации этих принципов могут весьма и весьма отличаться. Например, различные модели контрактных сбережений особенно широко применяются в странах Западной Европы. В США же преобладает ипотечная модель инвестирования в строительство жилья»²⁵².

Правовые основы девелопмента

«Недвижимость в числе человеческих приоритетов еще долго будет стоять на одном из первых мест. Форма материального существования человека и потребность в недвижимости для ведения любых видов деятельности служит своего рода гарантией, что тема недвижимости, как и в целом тема освоения пространства, вряд ли утратит актуальность в XXI столетии»²⁵³. При всей неоспоримой значимости недвижимости как формы материального бытия, это еще и долгосрочный актив, создание которого предполагает не только учет текущих потребностей, но и соответствие меняющимся потребностям в обозримом промежутке времени. Ряд важнейших факторов, а именно: долговечность этого объекта, его прочная связь с землей, земельным участком, капиталоемкость, высокая стоимость его преобразования, свидетельствуют о том, что непрофессиональный подход в вопросах возведения и эксплуатации чреват серьезными ошибками, способными повлечь необратимые последствия, не исключено, что исправить любое неверное решение невозможно либо экономически нецелесообразно.

Решение проблемы удовлетворения потребностей людей в жилье в условиях существенно ограниченных ресурсов как у населения, так и у застройщика требует поиска все более эффективных способов организации процесса создания недвижимости, управления себестоимостью строительства, максимального использования земельного участка, минимизации затрат на создание, реконструкцию или ремонт объектов инфраструктуры. «При таких исходных данных развитие получают проекты, ориентированные на

²⁵² Щербинин А.Г. Зарубежный опыт привлечения инвестиций в строительство жилья // Недвижимость и инвестиции. Правовое регулирование. – 2003. – № 1–2. С.14–15.

²⁵³ Котляров М.А. Основы девелопмента недвижимости: монография [Электронное издание]. – Москва: Издательство Юрайт, 2020. – С. 9.

наибольшую плотность застройки, ее точечный характер, максимальную экономию материальных ресурсов в расчете на один квадратный метр вводимой площади. С управленческой точки зрения вся цепочка реализации такого проекта – от выбора земельного участка до продажи конечному потребителю – может быть хорошо отлажена, особенно если в проекте участвует опытный застройщик, а также финансовые институты, органы власти и местного самоуправления, обеспечивающие получение разрешительной документации»²⁵⁴.

Параллельным процессом идет развитие идеи об устойчивом развитии территорий. Согласно п. 3 ст. 1 Градостроительного кодекса РФ, устойчивое развитие территорий - это обеспечение при осуществлении градостроительной деятельности безопасности и благоприятных условий жизнедеятельности человека, ограничение негативного воздействия хозяйственной и иной деятельности на окружающую среду и обеспечение охраны и рационального использования природных ресурсов в интересах настоящего и будущего поколений.

И, наконец, третьим обстоятельством в череде оснований развития института девелопмента стало состояние отечественного правового регулирования в сфере недвижимости.

Оценивая состояние правового регулирования финансирования возведения объектов недвижимости, еще О.С. Иоффе делал замечание: «Договорные институты, не упоминаемые ГК, зачастую хотя и затрагивались текущим законодательством, но не более чем фрагментарно, с сосредоточением каждого вновь издаваемого нормативного акта лишь на разрозненных случаях практического их использования»²⁵⁵.

По мнению К.И. Скловского, в рассматриваемой сфере «мы можем обнаружить ряд частично пересекающихся комплексов прав: отношения из договора подряда, отношения из долевого участия, отношения из

²⁵⁴ Котляров М.А. Указ. соч. – С. 12–13.

²⁵⁵ Иоффе О.С. Указ. соч. – С. 122.

инвестиционной деятельности и ряд не вполне согласованных нормативных массивов: законодательство о подряде, законодательство о собственности, законодательство об инвестиционной деятельности»²⁵⁶.

Российское право недвижимости, как самостоятельный правовой институт, находясь на этапе своего оформления, основной фокус исследования делает на основных, фундаментальных категориях, таких как понятие недвижимости, традиционная дихотомия видов недвижимого имущества («в силу закона», «в силу договора»), вопросы права собственности и владения. Но главная, по мнению Р.С. Бевзенко, проблема отечественного права недвижимости, это соблюдение принципа единства прав на земельный участок и здания (сооружения), возведенного на этом участке²⁵⁷. Отсутствие единства в понимании основополагающих категорий и принципов неизбежно влечет противоречивость и несогласованность в регулировании специальных институтов в рамках права недвижимости, вплоть до пробельности правового регулирования. Безусловно, это не может не отразиться на практике правоприменения.

Так, в одном из споров, дошедших до рассмотрения Экономической коллегией Верховного Суда РФ, встал вопрос на стыке права недвижимости и налогового права и был отягощен проблемным определением недвижимого имущества в нынешней редакции ГК (дело № [A05-879/2018](#) о доначислении налога на имущество ЗАО «Лесозавод 25»²⁵⁸). В этом споре коллегия решила, что отнесение технологического оборудования к категории недвижимости возможно, если об этом свидетельствует цель, которую выполняет имущество, имеется ли у оборудования специальное предназначение. Сам факт искусственного приращения к земле посредством укрепления в фундамент не предопределяет правовую квалификацию вещи в качестве недвижимой. Несмотря на общее позитивное значение указанных правовых позиций,

²⁵⁶ Скловский К.И. Квалификация отношений по застройке и право на объект строительства в судебной практике // Хозяйство и право. – 1997. – № 10. – С. 77–87.

²⁵⁷ Бевзенко, Р.С. Земельный участок с постройками на нем: введение в российское право недвижимости [Электронное издание]. – М.: М-Логос, 2017. – С. 5–6

²⁵⁸ URL:<http://www.kad.arbitr.ru/Card/63d7a906-d1bc-4441-aec1-3eb9b2240939>

рассуждения судей не являются безупречными с точки зрения правовой теории и не могут иллюстрировать глубокой теоретической проработки рассматриваемого вопроса в теории права недвижимости. Так, квалификацию вещи как движимой predetermined не ГК, а технический правовой документ – Общероссийский классификатор основных фондов ОК 013- 2014 (СНС 2008), введенный в действие приказом Росстандарта от 12.12.2014 № 2018-ст, именно на него сослалась коллегия судей и последующие нижестоящие инстанции.

С другой стороны, как отмечает М.А. Котляров, «мы декларируем стремление к сбалансированному развитию городской среды и формально отрицаем принцип развития одних за счет других. При этом сплошь и рядом в России встречаются ситуации, когда процедуры получения разрешения на строительство, например, торгового центра соблюдены, градостроительные нормативы выполнены, градостроительный совет пройден, а расположенные рядом торговые объекты понесли убытки или прекратили свое существование. Можно ли считать градостроительное законодательство эффективным, если в отдельных случаях его соблюдение приводит к разорению других субъектов хозяйственной деятельности, если оно не имеет экономической координации с антимонопольным законодательством, если не проработаны компенсационные механизмы?»²⁵⁹

А если к экономической непроработанности вопроса добавится еще правовая неопределенность, то строительство и возведение объектов недвижимости как виды экономической деятельности приобретают необоснованно высокий рисковый характер и минимальную гарантированность запланированных результатов. Так, в деле № [A56-48136/2017](#) Экономическая коллегия ВС РФ определила, что орган местного самоуправления вправе в порядке самоконтроля отменить выданное им разрешение на строительство при его несоответствии закону на момент выдачи (при его выдаче не учли, что земля расположена в защитной зоне памятника архитектуры) в порядке

²⁵⁹ Котляров М.А. Указ. соч. – С. 15.

самоконтроля²⁶⁰. При дальнейшем развитии правоприменительной практики в этом направлении появляется вероятность того, что «могут быть отозваны разрешения на строительство как объектов незавершенного строительства, так и уже построенных и введенных в эксплуатацию объектов, что переводит их в статус самовольных построек, которые могут быть снесены по требованию заинтересованного органа», - считают эксперты²⁶¹.

Довольно длительной является дискуссия о том, является ли понятие недвижимости строго юридическим (Е.А. Суханов, К.И. Скловский, О.М. Козырь, М.К. Кротов, О.Г. Ломидзе, С.А. Бабкин)²⁶² либо оно имеет функциональное значение (С.А. Степанов, В.В. Витрянский, В.А. Алексеев, Б.М. Гонгало, Е.Ю. Петров и некоторые другие)²⁶³.

Вместе с тем, как отмечает Р.С. Бевзенко, «этот спор для российского права недвижимости на современном этапе во многом является схоластическим. С одной стороны, тот факт, что для того, чтобы нечто считалось недвижимостью, требуется специальное указание закона (например, закон признает здания недвижимостями), означает, что сторонники второго подхода вынуждены признавать, что в основе понятия недвижимой вещи лежит юридический (а не физический) принцип. С другой стороны, сторонники первого подхода не могут не признавать, что идея о том, что недвижимость – это только то, на что можно зарегистрировать права, сегодня представляет собой порочный логический круг: для того, чтобы понять, на что надо зарегистрировать права, мы должны знать, что такое недвижимость; для того, чтобы понять, что такое недвижимость, надо знать, можно ли зарегистрировать права на этот объект»²⁶⁴.

В самом деле, если ни юридический, ни функциональный критерии совместно или обособленно друг от друга не придают правовой определенности в решении фундаментального вопроса права недвижимости,

²⁶⁰ URL:<http://www.kad.arbitr.ru/Card/3d27180b-9e48-4429-849d-94155e6892c3>

²⁶¹ URL:<https://www.pravo.ru/story/217220/>

²⁶² См., например, Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. – 5-е изд., перераб. – М.: Статут, 2010. – С. 815.

²⁶³ См., например, Гонгало Б.М. Понятие недвижимости // эж-Юрист. 2001. – № 11. – С. 12.

²⁶⁴ Бевзенко Р.С. Указ соч. – С. 12.

ориентация правоприменителя на экономическую сущность и целеполагание, как критерии, представляется в качестве выхода из сложившейся ситуации.

Здесь мы склонны поддержать ученых, развивающих экономическую теорию права и утверждающих, что право, будучи сложнейшим феноменом социальной жизни, человеческого поведения и культуры, поддается адекватному пониманию и эффективному использованию «только тогда, когда мы начинаем на него смотреть во всем богатстве его реальных проявлений и функций, рассматривая его в широком культурном контексте, обращаясь к научным дисциплинам, изучающим смежные вопросы человеческого поведения. Таким образом, ответы на вопросы политики права следует искать в том числе за рамками позитивного права как такового. Позитивное право – это сущее. Политика же права ищет ответы на вопросы правовой реформы, т.е. пытается определить должное. А, как известно, должное из сущего не выводится. Представления о должном и путях правовой реформы юрист должен черпать из этики и моральной философии, экономики, социологии и других областей знания. В каждой из этих дисциплин накоплен богатейший эмпирический и аналитический материал, без учета которого построение рациональной системы правотворчества сейчас просто невысказимо. Поэтому единственный выход из положения состоит в формировании междисциплинарной исследовательской программы, поиске общего методологического языка и обнаружении способности понимать друг друга»²⁶⁵.

Российское законодательство о недвижимости и градостроительной деятельности нуждается в разработке его экономической концепции.

И в качестве исследовательского образца такой концепции, экономического «зеркала», в которое следует заглянуть, чтобы найти ответы, интересующие политику права и теорию права, ответы на вопрос, что должно в праве недвижимости, предлагаем рассмотреть девелоперскую деятельность.

Возникновение и развитие строительной деятельности как нового вида профессиональной предпринимательской деятельности, новой базовой модели

²⁶⁵ Карапетов А.Г. Экономический анализ права. – М.: Статут, 2016. – С. 17.

ведения бизнеса происходило в прямой зависимости с устройством рынка недвижимости. Но качественные изменения в этом секторе экономики оказались особенно кардинальными по сравнению с централизованным контролем финансирования возведения объектов капитального строительства в советское время. «При переходе к рыночной экономике в стране сходит на нет строительный комплекс и появляется строительная сфера экономики. Строительством как видом предпринимательской деятельности стали заниматься предприятия и организации других отраслей экономики, что являлось обычной практикой для западных стран»²⁶⁶. Так появились девелоперы и самостоятельный вид предпринимательской деятельности – девелопмент.

Девелопмент понимается как инициирование, развитие и продвижение проектов, связанных с созданием новых объектов недвижимости и реконструкцией существующих с целью получения прибыли²⁶⁷.

В научной литературе приводится много вариантов определений девелопмента недвижимости. Например, С.Н. Максимов определяет девелопмент как способ разрешения противоречия между изменяющимися и возрастающими потребностями общества в услугах, оказываемых с использованием недвижимости, с одной стороны, и наличными качественными и количественными характеристиками недвижимого имущества – с другой²⁶⁸.

И.И. Мазур и В.Д. Шапиро отмечают, что девелопмент – это такие качественные материальные преобразования в объекте недвижимости, которые обеспечивают превращение его в другой, новый объект, обладающий рыночной стоимостью большей, чем стоимость исходного объекта²⁶⁹.

Таким образом, классическое понимание девелопмента сводится к тому, что это многостадийный процесс преобразования незастроенного земельного

²⁶⁶ Абдуханова Н.Г., Мухаметвалеева Р.Р. Девелопмент в инвестиционно-строительном комплексе // Российское предпринимательство. – 2016. – Т. 17. – № 21. – С. 3024

²⁶⁷ Соболева Е.А. Теоретическое обоснование девелопмента как института развития инвестиционно-строительной сферы // Экономика, социология и право. – 2014. – № 1. – С. 101

²⁶⁸ Максимов С.Н. Управление девелопментом недвижимости: учебник. – М.: Проспект, 2015. – С. 9

²⁶⁹ Девелопмент недвижимости: учебное пособие / под общей редакцией И.И. Мазура, В.Д. Шапиро. – М.: ЕЛИМА: Изд-во «Омега – Л», 2010. – С. 25.

участка или находящегося на нем объекта недвижимости с целью создания дополнительной стоимости объекта, это качественная и количественная трансформация объекта, процесс поступательного развития объекта недвижимости в направлении увеличения своей стоимости и инвестиционной привлекательности.

В силу этого на каждом этапе девелопмента может создаваться или утрачиваться стоимость объекта. На каждом этапе оцениваются и анализируются возможности собственного или привлеченного финансирования. На каждом этапе принимаются инвестиционные решения, позволяющие определить целесообразность владения объектом, эффективность его реализации в конкретный момент времени. Основная цель девелоперского проекта – извлечение дохода от приращения стоимости недвижимости. Это может быть достигнуто лишь в случае соединения земли, капитала и труда в процессе реализации проекта, а также обеспечения их взаимодействия, которое дает новое качество, позволяющее реализовать объект по стоимости выше, чем необходимо для возмещения затрат²⁷⁰.

Можно выделить четыре основных элемента процесса девелопмента:

инвестиционный – девелопмент как вид инвестиционной деятельности;

функциональный – определение функции объекта, его облик и архитектурная привлекательность;

градостроительный – вписывание объекта в контекст городской среды;

управленческий – управление проектом создания, преобразования и реализации объекта²⁷¹.

Подчеркнем, с самого первого действия девелопер становится бизнес-единицей, которая собирает на своем балансе все капитальные и текущие затраты по проекту, организует единый и системный учет, что впоследствии позволяет определить реальную эффективность созданного объекта и квалифицированно обосновать стоимость проекта с позиции понесенных

²⁷⁰ Абдуханова Н.Г., Мухаметвалеева Р.Р. Указ. соч. – С. 3025.

²⁷¹ Девелопмент недвижимости=Real Estate Development : монография / М.А. Котляров, Д. Дрейн, А.Б. Бриль и др. ; Тюменский государственный университет. – Екатеринбург : Тюменский государственный университет, 2017. – С. 55.

затрат²⁷². Повторимся, цель девелопмента – инвестиционная, повышение стоимостной привлекательности объекта. Эта цель пронизывает все существо девелоперского проекта, придавая соответствующие смыслы и цели всем правовым формам и средствам, опосредующим девелоперскую деятельность. Как это отражается на договорных формах, используемых в девелоперских проектах, рассмотрим ниже, сначала раскроем содержание инвестиционной деятельности, дабы придать соответствующее значение известным и широко используемым в обороте договорным формам.

Финансирование или инвестирование: определения понятий, основные сущностные характеристики

Как справедливо отмечал Красавчиков О.А., «необходимо двигаться от многообразия явлений к существу и законам, управляющим развитием данных явлений, и после обратно, от вскрытой сущности к конкретному многообразию явлений»²⁷³.

В этой связи необходимо обратить внимание на следующий вопрос: является ли любая деятельность по участию в строительстве инвестиционной, правомерно ли применения категории инвестиционного договора для характеристики всех возникающих отношений по поводу строительства объекта недвижимости?

Несмотря на бесспорную актуальность рассматриваемых правовых связей, отечественный правовой порядок не стремится к максимальной определенности и урегулированности в рассматриваемой сфере. Принятие Федерального закона от 30 декабря 2004 г. № 214 «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (далее по тексту – Закон о долевом участии в строительстве), полагаем, стало самым знаковым событием в этой сфере, и только потому, что в большей степени этот правовой акт направлен на защиту прав граждан,

²⁷² Там же. – С. 59.

²⁷³ Красавчиков О.А. Советская наука гражданского права. Свердловск, 1961. – С. 13–14.

основная цель и концепция закона посвящены именно этим аспектам. Что же касается отношений по возведению объектов недвижимости, возникающих без участия граждан, тут законодатель так и остался в позиции наблюдателя, оставив обороту решать вопросы правоприменения и выбора договорных конструкций.

Представители научного сообщества поддержали эту тенденцию, хотя, безусловно, исследования, посвященные правовой природе тех или иных договорных форм, используемых в строительстве, велись постоянно. Так, Гришаев С.П. высказывал точку зрения, что «несмотря на разные названия, все договоры участия в возведении недвижимости однотипны и относятся к категории инвестиционных. «Их сущность сводится к следующему: физические или юридические лица, называемые, как правило, инвесторами, передают денежные средства (или иные объекты гражданских прав, например автомобили, недвижимость, ценные бумаги) в собственность другого юридического лица (обычно оно именуется инвестиционной компанией или инвестиционно-строительной компанией). Последнее за счет полученных средств обязуется обеспечить строительство определенного объекта недвижимости (самостоятельно либо с помощью третьих лиц), и после окончания строительства этого объекта оно обязано передать инвесторам право собственности на часть этого объекта в соответствии с имущественной долей инвестора²⁷⁴». По мнению автора, Закон о долевом участии в строительстве также «урегулировал заключение и исполнение инвестиционных договоров, назвав такие договоры как «договоры участия в долевом строительстве»²⁷⁵.

Согласно другой позиции, в процессе возведения объектов недвижимости возникают разные правоотношения, отражающие специфику строительной деятельности. Учитывая содержание хозяйственных связей, используются соответствующие договорные конструкции. При этом далеко не все отношения регулируются так называемым инвестиционным договором. «Количество

²⁷⁴ Гришаев С.П. Договор участия в долевом строительстве [Электронный ресурс] // Закон. 2006. – № 3. – Электрон. версия печат. публ. – Доступ из КонсультантПлюс: справ. правовая система.

²⁷⁵ Гришаев С.П. Там же.

инвестиционных правоотношений зависит от природы договорных связей между участниками гражданского оборота. В зависимости от сложности инвестиционного проекта, влияющего на формирование договорных связей, система может быть «простой» и «сложной». «Простая» система связей возникает тогда, когда статус инвестора совмещается со статусом заказчика... Такие отношения оформляются договором строительного подряда»²⁷⁶.

Относительно «сложных» договорных моделей автор справедливо замечал, что каждое из таких правоотношений на практике имеет самостоятельное юридическое значение. Во-первых, можно выделить связь между участником долевого строительства и инвестором (договор долевого участия в строительстве), во-вторых, отношения между инвестором и заказчиком, в-третьих, хозяйственная и правовая связь заказчика и подрядчика, и, наконец, отношения подрядчика и субподрядчиков.

Термин «инвестиционная деятельность» часто встречается как в нормативных актах, так и в литературе. Вместе с тем вопрос о сущности и содержании этого явления многообразен, отличается межотраслевым, разноплановым характером, перманентно мимикрирующим под нужды экономики и хозяйственного оборота.

Закон РСФСР № 14898-1 от 26 июня 1991 г. «Об инвестиционной деятельности в РСФСР» определял эту деятельность как вложение инвестиций, или инвестирование, и совокупность практических действий по реализации инвестиций (ст. 1). В данном случае инвестиционная деятельность понимается именно как совокупность действий по вложению средств в качестве инвестиций и действий по использованию инвестированных средств.

В литературе, в том числе экономической, инвестиционная деятельность определяется по-разному.

Ряд правоведов понимает инвестиционную деятельность как совокупность действий по вложению и реализации инвестиций. Таково,

²⁷⁶ Ласковский, В.А. Правовое регулирование инвестиционной деятельности в строительстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03/ Ласковский Виталий Алексеевич. – М., 2006. – С. 207.

например, мнение В.А. Бублика, который отмечал, что под инвестиционной деятельностью «следует признавать деятельность... инвесторов, связанную с вложением и долгосрочным использованием... инвестиций»²⁷⁷. Другие авторы, говоря об инвестиционной деятельности, напротив, ограничивались только процессом вложения (инвестирования). В частности, Н.И. Клейн понимал ее как «деятельность, направленную на размещение... денежных и иных имущественных средств с целью получения прибыли»²⁷⁸. Нетрудно заметить, что в литературе термины «инвестиционный процесс» и «инвестиционная деятельность» часто используются как синонимы. Таким образом, можно сказать, что ни в законодательстве, ни в литературе не проводится различий между вложениями инвестиций (инвестированием) и деятельностью по реализации полученных средств²⁷⁹.

Думается, для отнесения отношений по возведению объектов недвижимости к инвестиционным необходимо определиться с пониманием инвестиций как таковых, а также рассмотреть вопрос о выявлении направленности воли участников соответствующих договоров на тот или иной результат.

Истоки понятия «инвестиции» находятся в экономической плоскости, поэтому для определения природы этого явления необходимо отталкиваться от положений экономической науки. Действительно, в том случае, когда «правовой термин не охватывает все существенные черты того или иного экономического явления, может возникнуть пробел в их законодательном регулировании. Еще хуже, если этот термин неправильно «схватывает» существо экономических отношений. Такая ситуация опасна тем, что в конечном результате может вообще препятствовать развитию хозяйственной деятельности»²⁸⁰. Между тем, выяснение экономического содержания не означает отождествления экономических и юридических категорий. Наша

²⁷⁷ Бублик В.А. Гражданско-правовое регулирование внешнеэкономической деятельности в Российской Федерации: проблемы теории, законодательства и правоприменения. – Екатеринбург, 1999. – С. 128.

²⁷⁸ Предпринимательское право: Курс лекций / Под ред. Н.И. Клейна. – М., 1993. – С. 143.

²⁷⁹ Майфат, А.В. Инвестор: понятие, статус, деятельность [Электронный ресурс] / А.В. Майфат // Современное право. – 2005. – № 10. - Режим доступа: <https://s.sovremennoepravo.ru/454945>.

²⁸⁰ Муравьев Б.В. Указ. соч. – С. 47.

задача, показать, как «экономическая сущность проявляется в правовой сфере, в юридических категориях, в форме правовых норм и правоотношений»²⁸¹, – отмечал С.И. Аскназий.

В самом общем виде в экономической литературе под инвестициями понимаются «затраты на производство и накопление средств производства и увеличение материальных запасов»²⁸². В переводе с латинского «инвестиции» («investise») означает «одевать», «облачать». В современном английском экономическом обороте термин инвестиции обозначается как «investment» – действие по помещению денег или капитала в различные сферы собственности для извлечения дохода или выгоды²⁸³. В русском языке инвестиции определяются через категорию «вложение капитала»²⁸⁴, при этом «вложение» трактуется как помещение чего-либо в определенное для этого место или передача чего-либо.

Считается, что «инвестиции уходят далеко вглубь истории общества и государства. Независимо от того, как они назывались, инвестиции сопутствуют человеку со времени его становления в качестве homo sapiens. Только благодаря им обеспечивалось поддержание жизнедеятельности общества и развитие всех его сфер. Самое главное свойство общественных отношений по поводу инвестиций – их объективный характер. Потребность в инвестициях возникала независимо от воли и сознания людей по мере осознания ими своих интересов. Инвестиции требовались для устройства жилищ, охотничьего снаряжения, создания других условий выживания»²⁸⁵.

В отечественной экономической литературе до 80-х годов понятие «инвестиции» для анализа процессов социалистического воспроизводства практически не использовалось, основной сферой исследования были работы зарубежных авторов и труды в области капиталистической экономики.

²⁸¹ Аскназий С.И. Общие вопросы методологии гражданского права // Ученые записки ЛГУ. – Л., 1948. – Вып. 1. – С. 18.

²⁸² Макконел К.Р., Брю С.Л. Экономикс. – М., 1992. – С. 388.

²⁸³ The Oxford Dictionary. Second Edition, prepared by J.A.Simpson and S.C.Weiner. Volume VIII, Oxford, 1989, p. 48

²⁸⁴ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М., 1997. – С. 246.

²⁸⁵ Жилинский С.Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): Учебник для вузов. – М.: Норма, 2006. – С. 657.

Известный экономист У. Шарп отмечает, что слово «инвестиции» («инвестировать») означает в общем виде «расстаться с деньгами сегодня, чтобы получить большую их сумму в будущем». Ключевыми признаками инвестиций, по его мнению, являются два фактора – время и риск. Вознаграждение поступает позже, если вообще поступает, и его величина заранее неизвестна²⁸⁶. Французский ученый-экономист П. Массе также связывает инвестиции с двумя факторами. Термин «ожидание» хорошо отражает двойственный характер решения, связанного с вложением капитала: временной аспект его, как и ожидания, относится к будущему, и его характер как пари, поскольку ожидание может оказаться обманутым»²⁸⁷.

Анализ существующих научных подходов в определении инвестиций позволяет нам заключить, что на сегодняшний день преобладают две основные позиции, различающиеся взглядами на то, что считать главным или существенным признаком инвестиций. Одни авторы полагают, что им является собственность или иное имущественное право (А.Г. Богатырев²⁸⁸, И.В. Ершова²⁸⁹, Г. Шварценбергер²⁹⁰). Суть этой позиции сводится к тому, что термин «инвестиции» и термин «собственность» должны рассматриваться как синонимы и включать в себя все виды правомочий собственника-инвестора.

Другие авторы убеждены в том, что главное в инвестициях – активная деятельность лица, уполномоченного распоряжаться собственностью (Н.Н. Вознесенская²⁹¹, У. Бейликджан²⁹²). Так, Н.Н. Вознесенская рассматривает инвестиции как экономически активную, производственную деятельность, направленную на целевое использование представленных инвестором средств, при условии, что эта деятельность приведет к получению прибыли²⁹³.

²⁸⁶ Шарп У., Александер Г., Бэйли Дж. Инвестиции. Пер. с англ. – М.: Инфра-М, 1999. – С. 1.

²⁸⁷ Массе П. Критерии и методы оптимального определения капитальных вложений. – М., 1978. – С. 27.

²⁸⁸ Богатырев А.Г. Инвестиционное право. – М.: Российское право. 1992. – С. 12.

²⁸⁹ Предпринимательское право. Учебное пособие. / Под ред. Ершовой И.В., Ивановой Т.М. – М., 1999. – С. 276–277.

²⁹⁰ Schwarzenberger G. Foreign Investments and International Law. – L., 1969, p. 17.

²⁹¹ Вознесенская Н.Н. Иностранные инвестиции и смешанные предприятия в странах Африки. – М., 1975. – С. 26–32.

²⁹² Balekjian W. Legal Aspects of Foreign Investment in the European Economic Community. – Manch., 1967, p. 3.

²⁹³ Вознесенская Н.Н. Указ. соч. – С. 32.

Уже на данном этапе рассмотрения понятия «инвестиции» («инвестирование») наглядно видна разница между инвестированием и вложением денежных средств в строительство жилья. Если в первом случае юридическое значение имеет имущество, подлежащее передаче, а также деятельность по вложению, то для второй группы отношений важно другое, а именно, результат - объект недвижимости. Учитывая рисковый характер деятельности по инвестированию, достижение результата при инвестировании остается за скобками, оно может наступить, а может не наступить, при этом убытков у инвестора не возникает: «тот, кто несет инвестиционный риск, убытков не имеет, – эти убытки охватываются риском. Гражданин, вкладывающий свои деньги в строительство жилья, не может нести риски, связанные с возведением объекта. Выполнив свои обязанности, а именно выплатив суммы, предусмотренные договором, он имеет право на получение оговоренного жилого помещения»²⁹⁴. Еще для древних римлян главным в договорах, строящихся по подрядному типу, были «цель», «результат». Следовательно, смысл договора состоял не просто в выполнении работ, а в достижении результата. Есть результат – есть надлежащее исполнение, есть вознаграждение и все прочее»²⁹⁵.

В связи с этим, верным мыслится высказывание А.В. Майфата, согласно которому «не является инвестированием приобретение недвижимости, валюты и иные способы сбережения, поскольку здесь интерес реализуется в рамках абсолютных отношений»²⁹⁶.

Дополнительный аргумент в пользу изложенной позиции видится в том, что включение в инвестиционное правоотношение объектов, в которые вкладываются инвестиции²⁹⁷, повлечет ситуацию, когда мы не сможем отделить инвестиционные отношения от каких-либо иных, структура отношения по

²⁹⁴ См.: Склоцкий К.И. О применении Закона о защите прав потребителей к договорам долевого участия в строительстве // Хозяйство и право. – 2000. – № 5. – С. 102–103.

²⁹⁵ Брагинский М.И. Подряд и подрядоподобные договоры // Вестник ВАС РФ. – 1996. – № 7. – С. 109.

²⁹⁶ Майфат А.В. Указ. соч.

²⁹⁷ Жилинский С.Э. Указ. соч. – С. 665.

инвестированию поглотит все имеющиеся договорные конструкции, что, на наш взгляд, является несоответствующим духу и букве закона.

Например, гражданин на принадлежащие ему денежные средства покупает автомобиль. Используя терминологию Федерального закона «Об инвестиционной деятельности в форме капитальных вложений» денежные средства гражданина – это инвестиции, гражданин, приобретающий автомобиль, – инвестор. Вложение денежных средств приносит ему положительный эффект в виде автомобиля. Между тем, «подобное отождествление понятий не имеет никакого ни научного, ни практического смысла. Оно не позволяет выявить специфических особенностей ни инвестиций, ни иных правовых категорий...»²⁹⁸. Более того, любой договор, направленный на приобретение имущества, следовало бы в этом случае признать инвестиционным. Возникает вполне закономерный вопрос: какой резон имеющиеся в обороте договорные конструкции, поименованные Гражданским кодексом договоры называть инвестиционными? Для чего придавать какой-то неопределенный статус договорам, которые и без того подробно регламентированы нормами Гражданского кодекса, установлены права и обязанности сторон и прочее? Думается, что никакого смысла в подобной практике нет.

Чтобы снизить накал страстей по поводу творческого применения коллаборации инвестиционного соглашения и принципа свободы договора, с одной стороны, и патерналистского подхода законодателя к гражданину, как участнику строительства, с другой стороны, и была введена в оборот конструкция поименованного договора, целью которого является приобретение объекта недвижимости в будущем, как результата строительства на денежные средства, полученные от множественных лиц – дольщиков, участников долевого строительства. Так появился договор долевого участия в строительстве.

²⁹⁸ Муравьев Б.В. Указ. соч. – С. 46.

Вместе с тем, придание правовой определенности в отношениях с участием граждан в долевом строительстве не отменяет само по себе иные договорные формы и конструкции в случаях, когда целевой установкой заключаемого соглашения является инвестирование как таковое, - вложение денежных средств с целью получения дохода.

В специальных исследованиях, посвященных проблемам инвестирования, отмечается, что «инвестиция – это любой инструмент, в который можно поместить деньги, рассчитывая сохранить или умножить их стоимость и (или) обеспечить положительную величину дохода»²⁹⁹. «В процессе инвестиций собственник имеет намерение не просто поменять одно имущество на другое, но и получить дополнительную материальную или нематериальную выгоду в результате обладания новой вещью»³⁰⁰.

Итак, мы приходим к выводу, что инвестиционная цель вполне легальна в качестве каузы договора о строительстве недвижимого имущества. При этом вовсе не обязательно волю сторон облекать в какую-то конкретную, заранее установленную поименованную договорную конструкцию каузального договора.

Вопрос о каузе договора является предметом многих дискуссий, для нас он представляет интерес в части влияния каузы сделки на квалификацию договорной формы, опосредующей приобретение строящегося объекта недвижимости.

В соответствии с концепцией, предложенной доктором Э. Штампе в работе «Проблема каузы в гражданском праве. Политико-правовое исследование к § 365 BGB»³⁰¹, «при обмене в экономическом обороте правопорядок возлагает на согласованную волю сторон задачу определить конкретный пример и вид желаемого обмена благами, т.е. желаемого сторонами общего экономического эффекта (*wirtschaftliches Gesamterfolg*)»³⁰². Он

²⁹⁹ Игонина Л.Л. Указ. соч. – С. 23.

³⁰⁰ Муравьев Б.В. Указ. соч. – С. 47.

³⁰¹ Э. Штампе. Проблема каузы в гражданском праве. Политико-правовое исследование к § 365 BGB // Вестник гражданского права. – 2007. – № 4. Том 7. – С. 177–208.

³⁰² Э. Штампе. Указ. соч. – С. 191.

полагает, что этот акт образует содержание каузы юридической сделки, и именует это «основной сделкой» (Grundgeschäft). С основной сделкой правопорядок связывает определенные правовые последствия, которые для соответствующего вида обмена товарами всегда являются своеобразными, однако в целом их можно разделить на две группы. Первую группу образуют последствия, связанные с нормальным развитием обмена благами (например, обязанности сторон по исполнению), во вторую группу включаются последствия, которые «служат целям юридического учета событий, которые негативно влияют на нормальное развитие процесса по обмену благами»³⁰³ (например, распределение риска случайной гибели вещи (Gefahrtragung), ответственность за недостатки права и фактические недостатки вещи, последствия просрочки, право расторгнуть договор в одностороннем порядке).

Концептуальное значение для нашего исследования имеют ряд выводов доктора Э. Штампе. Он полагал, что все вышеизложенные последствия «возникают *ipso iure* из основной сделки, при этом не требуется их особое закрепление посредством направленного волевого акта сторон. Поэтому необходимо особо подчеркнуть, что воля сторон в основной сделке имеет юридически релевантное содержание только применительно к определению предмета и вида совершаемого обмена благами». Такого охвата воли сторон достаточно и для существования основной сделки, и для вытекающих правовых последствий: «В это содержание – из которого правопорядок выводит большое число различных типовых последствий – ни коим образом не входит установление посредством воли сторон определенных правовых изменений. Если фермер Л. продает торговцу Х. зерновые, то типовые последствия купли-продажи (обязанность по доставке товара, обязанность принять и оплатить товар и т.п.) наступают только в том случае, когда было определено, что «продается 20 виспелей пшеницы за 140 марок», - правовые последствия наступают в любом случае, пожелали ли Л. и Х. вдобавок к сказанному

³⁰³ Э. Штампе. Указ. соч. – С. 192.

предусмотреть своим волевым актом также типовые последствия купли-продажи или нет»³⁰⁴.

Этот механизм понятен и работоспособен в случае соответствия воли сторон каузе поименованного договора. С непоименованными соглашениями дело обстоит сложнее.

По словам доктора Э. Штампе, узкое формально-логическое признание каузы как «цели или основания юридической сделки» привело к тому, что «новые виды обмена благами, развиваемые оборотом с течением времени, вовсе не могут добиться признания своей юридической самобытности либо могут, но путем нелегкой борьбы»³⁰⁵. В качестве примера он говорит об издательском договоре, его «попеременно, а зачастую и параллельно пытались притянуть к купле-продаже, аренде, договору оказания услуг, договору поручения, а также квалифицировать как непоименованный договор, которым обычно прикрывают затруднения в квалификации, пока не признали за ним качество *contractus sui generis*»³⁰⁶.

Как видим, ситуация аналогичная той, которая сложилась в отечественной науке и судебной практике по поводу инвестиционных соглашений, когда Пленум Высшего Арбитражного Суда в Постановлении № 54 от 11 июля 2011г. «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем» (далее по тексту – Постановление № 54) указал, что при рассмотрении споров, вытекающих из договоров, связанных с инвестиционной деятельностью в сфере финансирования строительства или реконструкции объектов недвижимости, судам следует устанавливать правовую природу соответствующих договоров и разрешать спор по правилам глав 30 («Купля-продажа»), 37 («Подряд»), 55 («Простое товарищество») Кодекса и т.д. Если не установлено иное, судам надлежит оценивать договоры, связанные с инвестиционной деятельностью в сфере финансирования строительства или

³⁰⁴ Э. Штампе. Указ. соч. – С. 192–193.

³⁰⁵ Э. Штампе. Указ. соч. – С. 206.

³⁰⁶ Э. Штампе. Указ. соч. – С. 206.

реконструкции объектов недвижимости, как договоры купли-продажи будущей недвижимой вещи (п. 4 Постановления № 54).

Указанное положение было последовательно воспринято... налоговыми органами при активной переквалификации инвестиционных соглашений в договоры купли-продажи, подряда, простого товарищества, разумеется, с последующим доначислением налогов и сборов. Подобная практика далека от принципа стабильности оборота и не может считаться благоприятствующей развитию предпринимательской деятельности в стране.

Вместе с тем, следует согласиться с мнением А.В. Майфата о том, что не следует рассматривать в основе инвестирования как юридической конструкции договоры, указанные в Постановлении Пленума № 54, поскольку они имеют разную правовую природу, лишь с известной долей условности их можно назвать инвестиционными³⁰⁷.

Выход из подобного тупика доктор Э. Штампе видит в последовательном проведении в жизнь политико-правового учения о каузе в изложенном выше понимании ее как предмета и вида желаемого обмена благами. Эта теория «приводит к стремлению максимально полно распознать типы обмена благами, которые были развиты хозяйственной жизнью, и найти для каждого из них своеобразные правила, необходимые, чтобы он мог выполнять стоящие перед ним политико-правовые задачи»³⁰⁸.

На практике это означает доказывание ряда факторов, которые подтверждают инвестиционную каузу договора, а именно:

- цель участия – получение дохода от вложения средств;
- предмет инвестирования - вещи, имущественные права и иные объекты, которые могут быть использованы лицом, их получившим;
- источник дохода - деятельность лица, получившего инвестиции (организатора инвестирования). Если управомоченное лицо само принимает или имеет правовую возможность принять участие в создании дохода

³⁰⁷ Майфат А.В. Инвестиционные договоры: есть ли таковые? (Продолжение дискуссии) [Электронный ресурс] / А.В. Майфат// Российский юридический журнал. – 2012. – № 3. – Режим доступа: КонсультантПлюс: справ. правовая система.

³⁰⁸ Э. Штампе. Указ. соч. – С. 207.

(совместная деятельность, игры, соглашения о разделе продукции, концессия и др.), то такая конструкция не может квалифицироваться как инвестирование.³⁰⁹

Наличие, как минимум, совокупности указанных признаков позволит говорить об инвестиционном договоре как «основном» (в терминологии доктора Э. Штампе) обязательстве, не требующем переквалификации и регулируемом нормами этого договора и только ими.

Анализ судебной практики по налоговым спорам в сфере инвестирования в строительство позволяет утверждать, что сделать это бывает непросто. Причина – в устоявшемся мнении налоговой инспекции о том, что инвестиционного договора как такового не существует, это всегда какой-то иной договор (долевого участия в строительстве, купли-продажи будущей вещи, простого товарищества), замаскированный под инвестиционный.

Выход из этого замкнутого круга есть, и он очевиден, – применение конструкций девелопмента для оформления рассматриваемых отношений.

«Девелопмент – это не только строительство, это предпринимательская и инвестиционная деятельность, подразумевающая организацию ресурсов с целью обеспечения требуемой доходности на капитал»³¹⁰. Это профессиональная компетенция девелопера, который замыкает на себе организацию деятельности архитектора, строителя, подрядчика, проектировщика, маркетолога и параллельно удовлетворяющий интересы инвестора, кредитора, собственника проекта в увеличении инвестиционной привлекательности и доходности проекта. Фокусируя на себе столько задач и компетенций, девелопер принимает на себя и риски, связанные с реализацией проекта.

Таким образом, двигаясь к своей основной цели – увеличению инвестиционной стоимости проекта, девелопер принимает на себя и несет риски инвестиционной составляющей проекта по достижению или недостижению запланированного уровня доходности, те риски, которые по

³⁰⁹ Майфат А.В. Там же.

³¹⁰ Девелопмент недвижимости=Real Estate Development : монография / М.А. Котляров, Д. Дрейн, А.Б. Бриль и др. ; Тюменский государственный университет. – Екатеринбург : Тюменский государственный университет, 2017. – С. 56.

инвестиционному договору нес бы инвестор. А в конструкции девелопмента эти риски инвестор (собственник, застройщик) перекладывает на девелопера, трансформирует их в обязательственные притязания по девелоперскому договору, обеспеченные правом истребования убытков в случае недостижения конкретных инвестиционных горизонтов.

С другой стороны, реализуя объект в рамках девелоперского проекта, например, на начальных этапах его возведения, девелопер не наделяет покупателя рисками инвестиционного характера. Иными словами, вступая в договорные отношения с контрагентами – приобретателями прибавочной стоимости проекта, – нет необходимости осложнять договор инвестиционной каузой, цель и намерения сторон охватываются куплей-продажей, займом, возможно, гибридным или конвертируемым, или подрядом.

Опираясь на международную практику, высказано мнение, что девелопер участвует в реализации инвестиционного проекта в двух формах: 1) без принятия на себя рисков инвестиционного проекта, когда он оказывает лишь услуги по организации и управлению строительством за счет средств инвестора; 2) с принятием на себя части инвестиционного риска, когда помимо услуг по организации и управлению строительством девелопер выступает соинвестором³¹¹.

Полагаем, что и в первом случае нельзя говорить о безрисковой деятельности девелопера, оказывающего услуги по организации и управлению строительством. Сам его профессиональный статус, его менеджерская деятельность определяют тот факт, что обращение к его услугам вызвано желанием собственника проекта обеспечить максимальную эффективность реализации проекта, а значит, повышение стоимости, что и составляет инвестиционную цель проекта. И даже без конкретных обязательств по повышению прибавочной стоимости, а лишь качественное выполнение

³¹¹ Ершов О.Г. Существенные условия девелоперского договора в строительстве // Юрист. – 2014. – № 15. – С. 13–18.

профессиональных задач, само по себе, безусловно, влияет на инвестиционную составляющую проекта, а значит, и на инвестиционные риски.

Руководствуясь вышеизложенным, считаем необходимым ввести в употребление и придать правовое значение категории «финансирование», как деятельности, охватывающей своим содержанием вложение денежных средств в строительство объектов недвижимости, осуществляемое в рамках девелоперского проекта.

В отечественном правовом порядке традиционно сложилось представление о финансировании как о деятельности по вложению денежных средств, исходящей от государственных или муниципальных органов. Именно в таком контексте употребляется рассматриваемый термин в § 5 гл. 37 Гражданского кодекса («Подрядные работы для государственных нужд»), при рассмотрении содержания государственного или муниципального контракта. Лексическое толкование терминологии, употребляемой в Федеральном законе «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» позволяет сделать вывод, что вложение физическими и юридическими лицами денежных средств является инвестированием, государство в лице своих органов и муниципальные образования осуществляет не инвестиционную деятельность, оно финансирует тот или иной инвестиционный проект.

Считаем такое понимание финансирования не совсем верным. Гражданский кодекс РФ предусматривает такую модель договорного регулирования, как финансирование под уступку денежного требования (гл. 43 ГК РФ). Этот договор не имеет никакой публично-правовой окраски, напротив, вызванный к жизни нуждами торгового оборота, он, наверное, в большей степени, нежели другие правовые формы, призван удовлетворять потребности участников коммерческого оборота.

Таким образом, термин «финансирование» свободно применяется и в отсутствии публично-правовых отношений по снабжению денежными средствами. Более того, на практике встречались ситуации, когда договор

долевого участия в строительстве жилья получал наименование «договор долевого финансирования», «договор финансирования жилого дома» и т.п.

Термин «финансирование» достаточно часто используется в экономической литературе. Одно из определений «финансирования» рассматривает его как «метод предоставления денежных средств для безвозвратного, окончательного расходования на определенные цели»³¹². Можно привести иное определение «финансирования», которое подчеркивает, что оно «является обеспечением необходимыми финансовыми ресурсами затрат на осуществление, развитие чего-либо»³¹³.

С первым определением рассматриваемого института сложно согласиться, т.к. с позиций права большинство правовых форм, опосредующих переход денежных средств, не являются безвозвратными. Скажем, кредитные отношения участников оборота всегда строятся на принципах возмездности и возвратности, более того, ряд авторов видят сущность финансирования в кредитовании контрагента³¹⁴.

«В соответствии с гражданским законодательством денежные средства могут быть предоставлены на основании различных договоров, например, заем, кредитный договор, договор купли-продажи. Однако экономическое понимание финансирования не тождественно ни одному известному российскому законодательству правоотношению. Можно сделать вывод о том, что финансирование – институт более обобщенного характера, нежели какая-либо из указанных выше договорных форм, и обозначает, в общем «предоставление денежных средств»³¹⁵.

Сравним нашу дефиницию с понятием инвестиций (инвестирования), проанализированным выше. Можно сделать вывод, что категории «финансирование» и «инвестирование» соотносятся как общее и частное, подразумевая под собой деятельность субъектов гражданского оборота по

³¹² Современный финансово-кредитный словарь. – М.: ИНФРА-М, 2002.

³¹³ Большой экономический словарь. М.: Институт новой экономики, 2002.

³¹⁴ См.: Вострикова Л.Г. Комментарий к Федеральному закону «О банках и банковской деятельности». – М.: ЗАО Юстицинформ. 2006.

³¹⁵ Алексанова Ю.А. Проблемы сущности правоотношений финансирования под уступку денежного требования // Юрист. – 2002. – № 12.

передаче денежных средств, с тем лишь отличием, что целью инвестирования является получение дохода, финансирование же может осуществляться с любой целью, направленность стороны на извлечение прибыли для деятельности по финансированию юридического значения не имеет.

Правовые формы участия в гражданско-правовых отношениях и критерии их разграничения

Самостоятельность и инициативность субъектов, их автономия в постановке целей и выборе путей их реализации требует более сложного механизма правового регулирования, нежели простое наложение «правовых пут» на регулируемые отношения. Свобода субъектов в выборе варианта своего поведения (путей распоряжения принадлежащими им благами) обуславливает взгляд на гражданское право как на набор гражданско-правовых средств³¹⁶, которые могут использоваться субъектами для реализации своих целей. Упорядочение же частноправовых отношений осуществляется через придание законодателем определенности указанным средствам, выделение правовых форм. Вариант урегулирования своего поведения, как правило, выбирает сам субъект, определяя, как ему поступить.

Именно через определенность данных средств (моделей, форм поведения), выраженную в наличии норм гражданского права, осуществляется регулирование поведения обладателя благ, который, имея свободу в выборе цели, модели своего поведения, после осуществления такого выбора должен подчиняться требованиям закона. Как известно, такими средствами, позволяющими реализовать возможности, закрепленные в абсолютном праве, и соотнести интересы обладателя блага, его контрагента и публичный интерес, являются договоры различных видов³¹⁷.

³¹⁶ См.: Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. – М., 1984. – С. 83–89.

³¹⁷ Кашанин А.В. Кауза гражданско-правового договора как выражение его сущности // Журнал российского права. – 2001. – № 4. – С. 93–104.

Разнообразие возможных правовых форм, предназначенных для регулирования поведения участников гражданского оборота, закономерно выявляет проблему определения сущности договора.

Как верно отмечает Кашанин А.В., «российское гражданское право относится к правовым системам, не признающим юридический формализм в качестве ведущего своего принципа. Отдавая должное форме сделки, оно требует, чтобы суду представляли не чисто формальную, а реальную экономическую операцию между сторонами. Тем самым в процессе правоприменения имеет место исследование сущности отношений сторон договора, соответствие которых заявляемой операции является условием применения норм о ней»³¹⁸.

Следует согласиться с И.Б. Новицким, утверждавшим, что сущность определяется не по капризу того или иного лица³¹⁹. Выделение сущности сделки имеет под собой объективные основания, ее интуитивное отыскание, отличаясь неопределенностью и неустойчивостью, повышенной зависимостью от субъективного усмотрения, противоречит сути нормативного регулирования, а также интересам устойчивости гражданского оборота, заключает в себе опасность судебного произвола³²⁰.

Между тем, отказаться вовсе от разрешения вопроса о сущности договора невозможно в силу следующего обстоятельства. Как известно, основной дифференциацией договорного права, помимо выделения общей части, является его деление на институты, регулирующие отдельные виды договоров. «Поэтому вполне понятен тот факт, что категории существа (сущности) договора (отношений), как правило, используются в качестве критерия применения норм о том либо ином виде договора. Во-первых, категория существа обязательства договора выступает в качестве критерия применения к отдельным видам договоров общих норм договорного права (ст. 170, 310, 311 и др.). Во-вторых, рассматриваемая категория является инструментом

³¹⁸ Кашанин А.В. Указ. соч. – С. 93.

³¹⁹ См.: Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. – М., 1954. – С. 106.

³²⁰ См.: Покровский О.А. Основные проблемы гражданского права. – М., 1998. – С. 89–106.

определения правовой природы договора, то есть используется как критерий его видовой принадлежности»³²¹.

Тем самым становится понятной связь вопроса о сущности договора с проблематикой системы договоров. В связи с тем, что практическое использование категории сущности явления основано на ее свойстве показывать, что есть явление само по себе, и отграничивать одно явление от другого. Поэтому и категория сущности договора в праве может использоваться для целей различения договорных видов.

Руководствуясь вышеуказанным, рассмотрим ряд правовых форм девелопмента, используемых во внутренних отношениях (с собственником проекта) и во внешних (с приобретателями), на предмет определения сущности и основных условий соответствующего договора.

Девелоперский договор

Если обратиться к зарубежному праву, можно увидеть случаи, когда девелоперский договор прямо предусмотрен законом. Например, в разделе III bis «О договоре девелоперской деятельности» Французского гражданского кодекса. Здесь законодатель определил такой договор как поручение общего интереса, по которому девелопер обязуется перед заказчиком работы произвести по оговоренной цене и посредством заключения договоров найма работы по реализации программы строительства одного или нескольких зданий, а также осуществить и организовать все или часть правовых, административных и финансовых операций, содействующих этой цели. Девелопер является гарантом исполнения обязательств, возложенных на лиц, с которыми он заключил договоры от имени заказчика³²².

Таким образом, французское законодательство определяет, что существенными условиями девелоперского договора являются предмет - услуги по реализации программы строительства и организации иных операций,

³²¹ Кашанин А.В. Указ. соч. – С. 93.

³²² См.: Французский гражданский кодекс: Учебно-практический комментарий / Пер. с фр.: Ю. Гонгало, А. Грядов, К. Крифф-Семибко, С. Крохалев, Е. Кузнецов, И. Медведев, В. Ярков. – М.: Проспект, 2008. – С. 605.

содействующих достижению этой цели, цена и срок, который охватывает период реализации программы строительства.

В отечественном гражданском праве при отсутствии прямого закрепления конструкции девелоперского договора в процессе правоприменения можно встретить разные договорные конструкции, оформляющие девелоперские отношения. Если обратиться к материалам судебной практики, то девелоперский договор суды, хозяйствующие субъекты квалифицируют как агентский договор (Определение ВАС РФ от 5 марта 2014 г. № ВАС-1633/13 по делу № А-40-163120/12), либо как инвестиционные соглашения, построенные по модели простого товарищества.

Теоретически анализ правовой природы и существенных условий девелоперского договора в строительстве предопределен механизмом установления хозяйственных связей, которые формируются при участии девелопера, их значением для правовой организации строительства. При отсутствии закрепленных в законодательстве специальных норм о девелоперском договоре в строительстве следует руководствоваться общими нормами о договоре. Установлено, что существенными условиями договора признаются такие условия, при согласовании которых для договора, по природе консенсуального, они являются необходимыми и достаточными для возникновения обязательства. В соответствии с п. 1 ст. 432 ГК РФ к существенным условиям относят предмет договора, условия, которые названы в законе или иных нормативных актах как существенные или необходимые для договора данного вида, а также условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Поскольку девелоперский договор в строительстве нормативно прямо не закреплен, то правовая оценка должна быть дана предмету этого договора и условиям, необходимым для договора такого вида. Условия, которые должны быть включены по заявлению стороны (случайные условия), согласовываются индивидуально при заключении конкретного договора, что не позволяет провести их исследование в рамках общей модели девелоперского договора в

строительстве, но может придать им значение в качестве ориентиров при составлении такого договора на практике.

Полагаем, конструкция агентского договора позволяет эффективно удовлетворить потребности и защитить интересы сторон в рамках девелоперского контракта.

Легальное определение агентского договора закреплено в п. 1 ст. 1005 ГК РФ. Согласно правилу, сформулированному в указанной статье, по агентскому договору одна сторона (агент) обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала.

Анализ приведенного определения показывает, что «указание законодателя на наличие поручения принципала и совершение действий за его счет придают агентскому договору посреднический характер, который, в свою очередь, позволяет отнести указанный договор к группе договоров по оказанию услуг. Кроме того, предоставленная агенту возможность совершать неограниченное количество юридических действий, равно как и действий фактического порядка указывает не только на делящийся характер отношений между принципалом и агентом, но и на конструктивные особенности агентского договора, воплощающего в себе как элементы поручения, так и комиссии»³²³. Если агент совершает сделку от своего имени и за счет принципала, он становится стороной такой сделки, приобретая соответствующие права и возлагая на себя соответствующие обязанности, хотя бы принципал и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения. Подобная модель отношений характерна для договора комиссии. Если агент совершает сделку не только за счет принципала, но и от имени последнего, права и обязанности из такой сделки возникают непосредственно у принципала. Подобная модель отношений характерна для договора поручения.

³²³ Габов А.В., Егорова М.А., Могилевский С.Д. и др. Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве (отв. ред. доктор юридических наук М.А. Егорова) [Электронный ресурс]. – М.: «Юстициформ», 2015. – Режим доступа: КонсультантПлюс: справочн. правовая система.

По общему правилу, сформулированному в ст. 1011 ГК РФ, к отношениям, вытекающим из агентского договора, соответственно применяются правила, предусмотренные гл. 49 или гл. 51 ГК РФ, в зависимости от того, действует агент по условиям этого договора от имени принципала или от своего имени, если эти правила не противоречат положениям гл. 52 ГК РФ или существу агентского договора.

Компетенция агента, сфера его деятельности и круг полномочий определяются самим договором и спецификой хозяйственных связей, которые предстоит обслуживать агенту. В этой связи представляется справедливым замечание Г.Ф. Шершеневича о том, что «ввиду неясности юридического значения слова «агент», нельзя довольствоваться одним названием, но необходимо рассмотреть в каждом случае юридическую природу отношения, чтобы отличить истинного агента от приказчика или комиссионера»³²⁴. И, кроме того, агент – это не просто исполнитель по договору оказания посреднических услуг, он получает вознаграждение не просто за качественное осуществление деятельности по оказанию услуг, он «может рассчитывать на вознаграждение, зависящее не от продолжительности его работы, а от ее удачи³²⁵», т.е. результата, что, как правило, лежит за пределами предмета обычного договора возмездного оказания услуг.

Такое понимание природы агента и предмета агентского договора вполне соответствует компетенции исполнителя в девелоперском соглашении. Предметом соответствующего соглашения выступают действия по организации комплекса мероприятий по реализации девелоперского проекта посредством управления, менеджмента, контроля проектом на всех этапах в рамках достижения поставленных заказчиком целей. В предмет включаются действия, направленные на оказание консультационных услуг, услуг в области юридического сопровождения, структурирования финансовых связей, в области маркетинга и бизнес-планирования, в области привлечения инвестиций, в

³²⁴ Шершеневич, Г.Ф. Курс торгового права. Т. I: Введение. Торговые деятели. – М.: «Статут», 2003. – С. 472.

³²⁵ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. – С. 473.

области формирования и администрирования договорных связей (заключение и сопровождение договоров с подрядчиками), представительские функции в ходе взаимодействия с представителями государственной власти, органами местного самоуправления, правоохранительными и контролирующими органами и другие.

По аналогии с классическим агентским договором девелоперский договор является консенсуальным, взаимным, возмездным, носит длящийся, а иногда и фидуциарный характер. Последний признак договор приобретает тогда, когда условия соглашения содержат императивные нормы о личном исполнении девелопером принимаемых на себя обязательств, а также в решении ряда вопросов, связанных с определением оснований прекращения соглашения и при оценке поведения девелопера как агента, неисполнившего или ненадлежащим образом исполнившего обязательство, т.е. при наступлении ответственности.

Указанная выше деятельность осуществляется девелопером в сроки, определенные в договоре. Причем степень определенности указанных сроков может быть различной: это могут быть конкретные календарные даты или привязка к событиям, которые неизбежно должны наступить при большей или меньшей степени участия сторон в наступлении соответствующего события, могут определяться через определенные стадии или фазы проекта, соответственно, окончание одной фазы проекта является началом следующей фазы.

Вознаграждение девелопера по договору может складываться из ежемесячных выплат в его пользу, может суммироваться нарастающим итогом по ходу проекта и выплачиваться одномоментно по окончании проекта или определяться в процентном отношении от увеличившейся в ходе проекта стоимости объекта девелопмента, или иным образом.

Основная обязанность девелопера – это эффективная и качественная деятельность в рамках предмета соглашения с предоставлением отчетов о проведенной работе в каждый отчетный период, а также постоянный

управленческий и инвестиционный аудит проекта с целью минимизации возможных рисков на соответствующей стадии проекта.

Финансирование проекта ведется самим заказчиком (собственником проекта) при постоянном менеджменте со стороны девелопера или девелопером самостоятельно в рамках предоставленного финансирования заказчиком и/или инвесторами. Возможно сочетание указанных вариантов в рамках одной договорной модели, девелопер и сам может выступать инвестором в случае предоставления с его стороны финансирования на реализацию проекта.

Есть мнения, что одной из форм воплощения в жизнь девелоперского проекта является заключение инвестиционного контракта между собственником проекта и девелопером, в котором стороны оговаривают порядок совместной работы по достижению заявленной цели и участие в структурировании собственности на построенный объект недвижимости³²⁶.

Как отмечалось ранее, инвестиционный договор в действующем законодательстве России не выделен в отдельный договорный тип, вид или подвид, являясь непоименованной гражданско-правовой сделкой, смешанным договором или даже группой сделок, структурированных в один инвестиционный контракт.

Основные нормативные положения в части заключения инвестиционных контрактов и определения их содержания, можно найти в Федеральном законе от 25.02.1999 № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений», Законе РСФСР от 26.06.1991 № 1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР», но в основном они относятся к компетенции самих участников гражданского оборота, которые при осуществлении гражданских прав действуют своей волей и в своем интересе.

³²⁶ Бычков А.И. Девелоперский бизнес в России. Правовое регулирование отрасли [Электронный ресурс] – М.: «Инфотропик Медиа», 2018. – 232 с. – Режим доступа: Гарант: информационно-правовое обеспечение

В связи с этим, в каждом конкретном случае при составлении и анализе договора необходимо определять правовую природу инвестиционного контракта исходя из характера выраженных в нем обязательств и с учетом всех заслуживающих внимания обстоятельств.

Законодатель четко выделил основных субъектов инвестиционной деятельности: инвесторов, заказчиков, подрядчиков и пользователей объектов инвестиционных вложений (Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»).

Заказчик в инвестиционных отношениях является уполномоченным инвестором лицом, которое осуществляет реализацию инвестиционного проекта и, по общему правилу, не вмешивается в деятельность других субъектов инвестиционной деятельности. Если в роли заказчика рассматривать девелопера, следует установить, какова природа прав и обязанностей заказчика в таком обязательстве.

Каким договором оформляются отношения заказчика - девелопера и инвестора в законодательстве не установлено. Применение только конструкции договора простого товарищества здесь вряд ли подходит по следующим основаниям. Во-первых, для договора простого товарищества необходимо наличие общей цели. В инвестиционных отношениях у субъектов инвестиционной деятельности цели разные. Например, цель у пользователей объектов инвестирования совсем иная в сравнении с целью, которую преследуют подрядчики. Объединять субъектов инвестирования с разными целями в отношения простого товарищества невозможно. Во-вторых, при инвестировании, как отмечается в юридической литературе, на субъектов инвестиционной деятельности не возлагается обязанность совместно действовать, как при простом товариществе, поскольку отсутствует общая цель; не происходит объединения имущества и возникновения общей долевой собственности, а речь идет об инвестировании, т.е. передаче инвестиций организатору. В-третьих, субъекты инвестиционных отношений не несут в

отличие от товарищей солидарную ответственность по общим обязательствам³²⁷.

Если девелопер выступает соинвестором, то он не является товарищем, как в договоре простого товарищества, но и не может быть обычным заказчиком, как в классических инвестиционных соглашениях. Девелопер в отличие от заказчика, организуя строительство и управляя им, активно вмешивается в деятельность иных участников инвестирования, например подрядчиков. Функции девелопера шире функций заказчика, поскольку девелопер участвует активно не только на этапе реализации инвестиционного проекта, но и на этапе его разработки, когда требуется проведение экономического анализа, мониторинга рынка, поиск лиц, на которых будет возложено выполнение строительных работ, поиск инвесторов, разработка стратегии проекта, оформление необходимой документации и т.д.

Таким образом, в рамках выбранной нами модели распределения рисков в рамках девелоперского проекта в строительстве агентский договор как основа для конструирования девелоперского договора представляется наиболее репрезентативным.

Внешние договорные конструкции: долевое участие в строительстве, проектное финансирование, гибридный заём

«Договор долевого участия в строительстве оказался одним из наиболее употребительных при оформлении участия в застройке...»³²⁸. Так решил законодатель при принятии Федерального закона от 30.12.2004 № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (далее по тексту – Закон о долевом участии).

Правом на привлечение денежных средств в рамках долевого участия в строительстве обладает компания, которая сама или основное общество

³²⁷ Ершов О.Г. Указ. соч.

³²⁸ Скловский К.И. Собственность в гражданском праве: Учеб.-практ. пособие. – М.: Дело, 2002. – С. 483.

которой либо любое из дочерних хозяйственных обществ основного общества имеет опыт не менее трех лет участия в строительстве многоквартирных домов общей площадью не менее 5 тыс. кв. м в совокупности при наличии полученных разрешений на ввод объектов в эксплуатацию в качестве застройщика и (или) технического заказчика, и (или) генерального подрядчика.

Участниками долевого строительства могут быть как граждане, так и юридические лица, объект долевого строительства - многоквартирные дома и (или) иные объекты недвижимости. К отношениям с участием граждан предъявляются повышенные законодательные требования и ограничения.

Действие Закона о долевом участии не распространяется на отношения юридических лиц и (или) индивидуальных предпринимателей, связанные с инвестиционной деятельностью по строительству (созданию) объектов недвижимости (в том числе многоквартирных домов) и не основанные на договоре участия в долевом строительстве. Указанные отношения регулируются Гражданским кодексом Российской Федерации и законодательством Российской Федерации об инвестиционной деятельности (п. 3 ст. 1 Закона о долевом участии).

Из указанного положения следует, что девелопер, заключая договор с внешним участником – приобретателем строящегося объекта или части этого объекта, может совершенно легально использовать конструкцию договора долевого участия в строительстве, тем самым возлагая на себя обязанность соответствовать всем требованиям и ограничениям, предусмотренным Законом о долевом участии.

Между тем, уже давно считается, что «задуманный государством как спасительный круг для решения жилищной проблемы, названный договор не смог оправдать всех ожиданий. Главной причиной того – его неспособность защитить граждан от существующих строительных рисков. Участники долевого строительства, при всех «дарованных» Федеральным законом № 214-ФЗ гарантиях, де-факто остаются не покупателями, а соинвесторами. Набор рисков, которые принимает дольщик, заключая ДДУ, свойственен, скорее,

инвестированию в ценные бумаги, чем договору, нацеленному на приобретение недвижимости. Участник долевого строительства, чаще всего, не имея никаких специальных знаний, остается один на один со всеми рисками: надежен ли застройщик, окажется ли проект экономически эффективным, достаточно ли будет средств дольщиков для завершения строительства, не приведет ли изменение рыночной ситуации к невозможности реализовать проект и др.»³²⁹.

Проблема дальнейшей защиты таких непрофессиональных участников девелопмента подтолкнула законодателя на создание государственного Фонда защиты прав граждан – участников долевого строительства, а прокатившаяся волна банкротств застройщиков определила очередные реформы рынка девелопмента.

Впоследствии было предложено отказаться от долевого строительства и перейти на принципиально новую систему финансирования жилищных проектов. Соответствующая идея изложена в утвержденной Правительством РФ 21 декабря 2017 года «Дорожной карте» – Плане мероприятий по поэтапному замещению в течение трех лет средств граждан, привлекаемых для создания многоквартирных домов и иных объектов недвижимости, банковским кредитованием и иными формами финансирования, минимизирующими риск для участников финансирования.

Так, государством постепенно внедряется полный отказ от существующей сегодня схемы долевого строительства и переход на механизм банковского финансирования в форме проектных кредитов, которые будут обеспечиваться за счет средств, размещенных на счетах эскроу. Дольщики по-прежнему заключают договор долевого участия со всеми его положительными атрибутами в виде государственной регистрации, прозрачности, подотчетности, однако средства направляются не застройщику, а в банк. В свою очередь, застройщик не сможет получить эти средства до полного выполнения своих

³²⁹ Ганибалова А. А. Проектное финансирование жилищного строительства [Электронный ресурс] // Молодой ученый. – 2019. – №51. – С. 380-382. – URL <https://moluch.ru/archive/289/65507/> (дата обращения: 23.03.2020).

обязательств. Подобная реформа по замыслу законодателя должна привести к переносу строительных рисков на профессиональных участников рынка.³³⁰

Таким образом, модель проектного финансирования принципиально не меняет конструкцию договорных связей между девелопером и приобретателем построенного/реконструируемого объекта недвижимости. Отличия касаются порядка финансирования, а именно: предусмотрено направление денежных потоков на эскроу-счета и последующее кредитование банком девелопера (застройщика) или специализированной организации проектного финансирования в рамках девелоперского проекта.

Как было указано ранее, помимо договора долевого участия в строительстве юридические лица и индивидуальные предприниматели в отношениях между собой вправе использовать и другие договорные конструкции. Одной из таких форм является гибридный заём.

В рамках такого договора одно лицо предоставляет определенную сумму денежных средств целевым образом на реализацию какого-то девелоперского проекта, а девелопер гарантирует возвратность такого предоставления, при этом *«при определенных условиях объект возвратного предоставления может отличаться от объекта займа. Иначе говоря, здесь существует вероятность как того, что возврату будет подлежать такое же имущество, что и предоставленное займодавцем, так и того, что объект предоставления со стороны заемщика будет иным»*³³¹.

Такие ситуации принято относить к случаям мерцающей каузы: договорный тип (обмен разнородными благами в форме купли-продажи или мены либо заемный вид договора) начинает быть не определенным, а определенным и окончательно фиксируется, кристаллизуется после заключения договора. На момент заключения определить, к какому договорному типу склонится комплекс правоотношений сторон, невозможно³³².

³³⁰ Ганибалова А.А. Там же.

³³¹ Заем, кредит, факторинг, вклад и счет : постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва: М-Логос, 2019. – С. 87. (Комментарии к гражданскому законодательству #Глосса.)

³³² Там же.

Например, в договоре, опосредующем передачу определенной денежной суммы на определенный срок, может быть предусмотрено, что при определенных условиях, например, недостижении объемов строительства или объемов финансирования заданным параметрам, возвращается та же денежная сумма с процентами, а при определенных (получение разрешения на строительство, возведение фундамента, достижение определенного уровня инвестиционного горизонта и др.) – передается помещение в строящемся здании.

Право выбора в таком альтернативном обязательстве может принадлежать займодавцу (по общему правилу), хотя, при соответствующем формулировании условий кристаллизации, это право может быть и на стороне девелопера – заемщика.

Легальность подобной договорной конструкции не раз являлась предметом судебного рассмотрения. Так, в Определении Коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 24 ноября 2015 г. № 19-КГ15-25 суд пришел к выводу, что положения договора о целевом назначении переданных истцом денежных средств, а также о возможности уплаты долга ответчиком как деньгами, так и иным имуществом (квартирой), сами по себе не опровергают доводы о займе.

Не вдаваясь в преимущества такой сделки с точки зрения налогообложения, следует только обратить внимание на заложенный в такой сделке риск переквалификации ее из заёмной в договор купли-продажи, причем не с момента кристаллизации объекта возвратного предоставления, а с самого начала, с момента заключения сделки.

Понятно, что после кристаллизации объекта предоставления к отношениям сторон подлежат применению нормы того договорного типа, который стороны выбрали посредством кристаллизации. То есть, если заёмщик или займодавец выбрали возврат не деньгами, а помещением в строящемся объекте, то они определили для себя природу договора с момента кристаллизации – договор купли-продажи.

Но, если рассматривать данное обязательство как альтернативное, то подлежит применению трактовка ст. 308.1 Гражданского кодекса РФ, данная ей Верховным Судом РФ в Постановлении Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54, о ретроспективном характере такого выбора: «По смыслу статьи 308.1 ГК РФ при выборе управомоченным лицом одной из альтернативных обязанностей обязательство перестает быть альтернативным и считается, что оно состояло из выбранного действия (воздержания от действия) с момента его возникновения. Например, если выбор осуществлен в пользу заемного обязательства, то проценты за пользование денежными средствами начисляются не с момента выбора, а с того момента, как он был бы определен, если бы обязательство изначально являлось заемным (пункт 1 статьи 809 ГК РФ)».

С целью преодоления правовой неопределенности и минимизации рисков переквалификации практикой применения рассматриваемых договорных форм сгенерировано несколько вариантов преодоления этой проблемы.

Во-первых, договор на стадии заключения конструируется как заёмное обязательство, в условиях договора указывается на нормы ГК РФ, подлежащие применению к взаимоотношениям сторон, а возможная трансформация объекта возврата рассматривается как заранее предусмотренное соглашение об отступном. Второй вариант – стороны также заключают полноценный договор займа с безальтернативным обязательством по возврату полученных денежных средств, но при этом предоставляют одной из сторон секундарное право в одностороннем порядке изменить договор за счет замены предмета обязательства заемщика на совершение некоего заранее определенного предоставления (в данном случае, передачу имущества)³³³. В этом случае, поскольку альтернативность исполнения отсутствует, конвертация происходит строго на будущее и не влечет переквалификации обязательств сторон с момента их возникновения.

³³³ Заем, кредит, факторинг, вклад и счет : постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва: М-Логос, 2019. – С. 94. (Комментарии к гражданскому законодательству #Глосса.)

Таким образом, в ходе настоящего исследования сделано ряд выводов, на которые, считаем, необходимо обратить внимание при применении той или иной формы финансирования возведения объектов недвижимости.

1. Неправомерно любую деятельность по внесению денежных средств в строящийся объект с целью получения жилья относить к инвестиционной. Инвестирование – это одна из существующих моделей (форм) финансирования строительства.

2. Классическое понимание девелопмента сводится к тому, что это многостадийный процесс преобразования незастроенного земельного участка или находящегося на нем объекта недвижимости с целью создания дополнительной стоимости объекта, это качественная и количественная трансформация объекта, процесс поступательного развития объекта недвижимости в направлении увеличения своей стоимости и инвестиционной привлекательности.

3. Инвестиционная цель вполне легальна в качестве каузы договора о строительстве недвижимого имущества. При этом вовсе не обязательно волю сторон облекать в какую-то конкретную, заранее установленную поименованную договорную конструкцию каузального договора.

4. «Девелопмент – это не только строительство, это предпринимательская и инвестиционная деятельность, подразумевающая организацию ресурсов с целью обеспечения требуемой доходности на капитал»³³⁴. Это профессиональная компетенция девелопера, который замыкает на себе организацию деятельности архитектора, строителя, подрядчика, проектировщика, маркетолога и параллельно удовлетворяющий интересы инвестора, кредитора, собственника проекта в увеличении инвестиционной привлекательности и доходности проекта. Фокусируя на себе столько задач и компетенций, девелопер принимает на себя и риски, связанные с реализацией проекта.

³³⁴ Девелопмент недвижимости=Real Estate Development : монография / М.А. Котляров, Д. Дрейн, А.Б. Бриль и др. ; Тюменский государственный университет. – Екатеринбург : Тюменский государственный университет, 2017. – С. 56 – Режим доступа: по подписке. – URL: <http://biblioclub.ru/index.php?page=book&id=572089> (дата обращения: 18.03.2020).

5. В рамках девелоперского проекта в строительстве агентский договор как основа для конструирования девелоперского договора представляется наиболее репрезентативным. Внешние договорные связи девелопера принято облачать в договор долевого участия в строительстве, договор проектного финансирования или гибридные займы.

Библиографический список

1. Акманов С.С. Местные Советы и социальное планирование. М., 1977.
2. Аскназий С.И. Общие вопросы методологии гражданского права // СПб.: Ученые записки ЛГУ, 1948. – Вып. 1.
3. Бевзенко Р.С. Земельный участок с постройками на нем: введение в российское право недвижимости [Электронное издание]. – М.: М-Логос, 2017.
4. Богатырев А.Г. Инвестиционное право. – М.: Российское право, 1992.
5. Большой экономический словарь. – М.: Институт новой экономики, 2002.
6. Бублик В.А. Гражданско-правовое регулирование внешнеэкономической деятельности в Российской Федерации: проблемы теории, законодательства и правоприменения. – Екатеринбург. 1999.
7. Бычков А.И. Девелоперский бизнес в России. Правовое регулирование отрасли [Электронный ресурс] – М.: «Инфотропик Медиа», 2018. – 232 с. – Режим доступа: Гарант: информационно-правовое обеспечение.
8. Вознесенская Н.Н. Иностранные инвестиции и смешанные предприятия в странах Африки. М., 1975.
9. Вострикова Л.Г. Комментарий к Федеральному закону «О банках и банковской деятельности». – М.: ЗАО Юстицинформ, 2006.
10. Габов А.В., Егорова М.А., Могилевский С.Д. и др. Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве (отв. ред. доктор юридических наук М.А. Егорова) [Электронный ресурс]. - М.: «Юстицинформ», 2015. – Режим доступа: КонсультантПлюс: справочн. правовая система.
11. Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. Е.А. Васильев. Изд. 2-е, перераб. и доп. М.: Международные отношения, 1992.

12. Гражданское право. Том 2. Учебник / Под ред. А.П.Сергеева, Ю.К. Толстого. – М. 1999.
13. Девелопмент недвижимости=Real Estate Development : монография : [1+] / М.А. Котляров, Д. Дрейн, А.Б. Бриль и др. ; Тюменский государственный университет. – Екатеринбург : Тюменский государственный университет, 2017. – С. 55 – Режим доступа: по подписке. – URL: <http://biblioclub.ru/index.php?page=book&id=572089> (дата обращения: 18.03.2020). – Библиогр. в кн. – ISBN 978-5-9909772-6-6. – Текст : электронный.
14. Девелопмент недвижимости: учебное пособие / под общей редакцией И.И. Мазура, В.Д. Шапиро. – М.: ЕЛИМА: Изд-во «Омега – Л», 2010.
15. Дождев Д.В. Практический курс римского права. Ч. I: Учеб.-практ. пособие. – М.: Дело, 2000.
16. Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник для вузов. – М.: Норма, 2005.
17. Жилинский С.Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): Учебник для вузов. – М.: Норма. 2006. – С. 657.
18. Заем, кредит, факторинг, вклад и счет : постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва: М-Логос, 2019. (Комментарии к гражданскому законодательству #Глосса).
19. Игониная Л.Л. Инвестиции: Учеб. Пособие /Под ред. доктора экон. наук, проф. В.А. Слепова. – М.: Юристъ, 2002.
20. Иоффе О.С. Гражданское право. Избранные труды. – М.: Статут, 2000.
21. Карапетов А.Г. Экономический анализ права. – М.: Статут, 2016.
22. Кассо Л. Здание на чужой земле. М., 1905.
23. Кооперативное право: Учебное пособие / А.А. Собчак, В.Ф. Яковлева, В.С. Тимескова и др. / Под ред. А.А. Собчака, В.Ф. Яковлевой, И.Д.

- Егорова. СПб.: Издательство Санкт-Петербургского университета, 1992.
24. Копылов А.В. Вещные права на землю в римском, русском дореволюционном и современном российском гражданском праве. – М.: «Статут», 2000.
 25. Котляров М.А. Основы девелопмента недвижимости: монография [Электронное издание]. – Москва: Издательство Юрайт, 2020.
 26. Красавчиков О.А. Советская наука гражданского права. – Свердловск, 1961.
 27. Ласковый, В.А. Правовое регулирование инвестиционной деятельности в строительстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 2006.
 28. Макконел К.Р., Брю С.Л. Экономикс. – М., 1992.
 29. Максимов С.Н. Управление девелопментом недвижимости: учебник. – М.: Проспект, 2015.
 30. Массе П. Критерии и методы оптимального определения капитальных вложений. – М., 1978.
 31. Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. – М., 1954.
 32. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М., 1997.
 33. Покровский О.А. Основные проблемы гражданского права. – М., 1998.
 34. Предпринимательское право: курс лекций / Под ред. Н.И. Клейна. – М., 1993.
 35. Предпринимательское право. Учебное пособие. / Под ред. Ершовой И.В., Ивановой Т.М. – М., 1999.
 36. Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. – М., 1984.

37. Римское частное право {Текст}: учебник / под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. – М.: ИД «Юриспруденция», 2006.
38. Современный финансово-кредитный словарь. 2-е издание. – М.: ИНФРА-М. 2002.
39. Скловский К.И. Гражданский спор: Практическая цивилистика. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Дело, 2003.
40. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве: Учеб.-практ. пособие. – М.: Дело, 2002.
41. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. – М.: Статут, 2010.
42. Французский гражданский кодекс: Учебно-практический комментарий / пер. с фр.: Ю. Гонгало, А. Грядов, К. Криеф-Семибко, С. Крохалев, Е. Кузнецов, И. Медведев, В. Ярков. – М.: Проспект, 2008.
43. Шарп У., Александер Г., Бэйли Дж. Инвестиции. Пер. с англ. – М.: Инфра-М, 1999. С. 1.
44. Шершеневич, Г.Ф. Курс торгового права. Т. I: Введение. Торговые деятели. – М.: «Статут», 2003.
45. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. – Тула: Автограф, 2001.
46. Valekjian W. Legal Aspects of Foreign Investment in the European Economic Community. – Manch., 1967.
47. The Oxford Dictionary. Second Edition, prepared by J.A.Simpson and S.C.Weiner. Volume VIII, Oxford, 1989.
48. Schwarzenberger G. Foreign Investments and International Law. – L., 1969.

Статьи

49. Абдуханова Н.Г., Мухаметвалеева Р.Р. Девелопмент в инвестиционно-строительном комплексе // Российское предпринимательство. – 2016. – Т. 17. – № 21.
50. Алексанова Ю.А. Проблемы сущности правоотношений финансирования под уступку денежного требования // Юрист. – 2002. – № 12.
51. Брагинский М.И. Подряд и подрядоподобные договоры // Вестник ВАС РФ. – 1996. – № 7.
52. Ганибалова А. А. Проектное финансирование жилищного строительства [Электронный ресурс] // Молодой ученый. – 2019. – №51. – С. 380-382. – URL <https://moluch.ru/archive/289/65507/> (дата обращения: 23.03.2020).
53. Гонгало Б.М. Понятие недвижимости // эж-Юрист. – 2001. – № 11.
54. Гришаев С.П. Договор участия в долевом строительстве [Электронный ресурс] // Закон. 2006. № 3. – Электрон. версия печат. публ. – Доступ из КонсультантПлюс: справ. правовая система.
55. Ершов О.Г. Существенные условия девелоперского договора в строительстве // Юрист. – 2014. – № 15.
56. Кашанин А.В. Кауза гражданско-правового договора как выражение его сущности // Журнал российского права. – 2001. – № 4.
57. Майфат А.В. Инвестиционные договоры: есть ли таковые? (Продолжение дискуссии) [Электронный ресурс] / А.В. Майфат // Российский юридический журнал. – 2012. – № 3. – Режим доступа: КонсультантПлюс: справ. правовая система.
58. Майфат А.В. Инвестор: понятие, статус, деятельность [Электронный ресурс] / А.В. Майфат // Современное право. – 2005. – № 10. – Режим доступа: <https://s.sovremennoepravo.ru/454945>.
59. Муравьев Б.В. Инвестиционные обязательства в строительстве // Юрист. – 2001. – № 2.

60. Скловский К.И. Квалификация отношений по застройке и право на объект строительства в судебной практике // Хозяйство и право. – 1997. – № 10.
61. Скловский К.И. О применении Закона о защите прав потребителей к договорам долевого участия в строительстве // Хозяйство и право. – 2000. – № 5.
62. Соболева Е.А. Теоретическое обоснование девелопмента как института развития инвестиционно-строительной сферы // Экономика, социология и право. – 2014. – № 1. – С. 101.
63. Штампе Э. Проблема каузы в гражданском праве. Политико-правовое исследование к § 365 BGB // Вестник гражданского права. – 2007. – № 4. Том 7.
64. Щербинин А.Г. Зарубежный опыт привлечения инвестиций в строительство жилья // Недвижимость и инвестиции. Правовое регулирование. – 2003. – Номер 1–2.

5.2. Развитие конституционного понятия «предпринимательская деятельность» в гражданском праве России (Пятков Д.В.)³³⁵

В некотором смысле, о предпринимательской деятельности Конституция России³³⁶ сообщает нам более точные сведения, чем Гражданский кодекс Российской Федерации³³⁷ (далее по тексту – ГК РФ). В том смысле, что в Конституции России предпринимательская деятельность показана как вид явлений; показан в ней и род – экономическая деятельность. Согласно ст. 34 Конституции РФ каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Ничего подобного нет в ГК РФ до сих пор, и не предвидится: текущая реформа гражданского законодательства нисколько не затрагивает ни понятие предпринимательской деятельности, ни его определение. По этой причине о полноценном развитии конституционного понятия «предпринимательская деятельность» в гражданском праве России можно говорить лишь на перспективу. Современное гражданское право приближено к решению этой задачи только на доктринальном уровне и отчасти на уровне правоприменительной практики. Но и эта мера готовности гражданского права к развитию конституционных положений о предпринимательстве большей частью обусловлена трудом отнюдь не современных юристов, а досоветской традицией в понимании и регулировании отношений, которые сегодня мы могли бы назвать предпринимательскими.

Между тем неразвитость понятия «предпринимательская деятельность» в гражданском праве порождает недоразумения на практике и создает нетерпимый для общества правовой режим имущественных отношений,

³³⁵ Статья впервые опубликована в журнале Правовая мысль в образовании, науке и практике. – 2017. – № 1. – С. 67–70.

³³⁶ Конституция РФ // Консультант Плюс: Справочно-правовая система [Электронный ресурс] / ЗАО «Консультант Плюс». – Версия 2013. – Заглавие с экрана. – Режим доступа: (компьютерная сеть Алтайского государственного университета).

³³⁷ Гражданский кодекс Российской Федерации от 30 ноября 1994г. № 51-ФЗ: Часть 1 // Консультант Плюс: Справочно-правовая система [Электронный ресурс] / ЗАО «Консультант Плюс». – Версия 2013. – Заглавие с экрана. – Режим доступа: (компьютерная сеть Алтайского государственного университета).

поскольку сфера применения специальных и нередко «жестких» норм о предпринимательской деятельности чрезвычайно и неоправданно широка. Но и в тех случаях, когда какие-либо виды экономической деятельности оказываются по воле законодателя недостижимы для специальных норм о предпринимательской деятельности, вопросов меньше не становится. Поясним написанное такими примерами. Увы, но сегодня приходится всерьез обсуждать и немало трудиться над обоснованием того, например, утверждения, что гражданин, имеющий вклад в банке или владеющий акциями хозяйственного общества, не является предпринимателем. Обладания вкладом или акциями, даже если эти активы приносят доход, недостаточно для признания гражданина предпринимателем³³⁸. Для отечественной юриспруденции не очевидно, можно ли относить к субъектам предпринимательской деятельности публично-правовые образования. Масштабы их хозяйственной активности велики (приватизация, сдача земельных участков, зданий и помещений в аренду, предоставление недр в пользование для добычи полезных ископаемых), но можно ли считать такую активность предпринимательской деятельностью? Но даже в тех случаях, когда законодатель все же вносит ясность по вопросу о правовой природе общественных отношений, далеко не всегда законодательная определенность понятна и с необходимостью вытекает из легального и научных определений предпринимательской деятельности. В самом деле, почему ведение личного подсобного хозяйства законодатель отграничивает от предпринимательской деятельности, не исключая прибыльный вариант такого занятия гражданина?³³⁹ Почему деятельность арбитражного управляющего после многих лет признания за ней качества предпринимательской

³³⁸ Эти вопросы неоднократно затрагивались даже Конституционным Судом Российской Федерации в его постановлениях (см., например: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 22 июля 2002 г. № 14-П; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 мая 2010 г. № 11-П // Консультант Плюс: Справочно-правовая система [Электронный ресурс] / ЗАО «Консультант Плюс». – Версия 2013. – Заглавие с экрана. – Режим доступа: (компьютерная сеть Алтайского государственного университета).

³³⁹ О личном подсобном хозяйстве: Федеральный закон от 7 июля 2003 г. № 112-ФЗ // Консультант Плюс: Справочно-правовая система [Электронный ресурс] / ЗАО «Консультант Плюс». – Версия 2013. – Заглавие с экрана. – Режим доступа: (компьютерная сеть Алтайского государственного университета).

деятельности лишилась этой законодательной характеристики?³⁴⁰ Как объяснить постепенную переквалификацию доходной деятельности образовательных учреждений с «предпринимательской» на «приносящую доход»?³⁴¹

Согласно ст. 2 ГК РФ предпринимательская деятельность – это самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Ни в этом легальном определении, ни в остальной части текста ГК РФ не нашло отражение известное из Конституции России обстоятельство, что предпринимательская деятельность – это один из видов экономической деятельности. Гражданское законодательство как будто выхватывает понятие «предпринимательская деятельность» из конституционного контекста. Развитие этого понятия в гражданском праве должно заключаться:

- 1) в более детальном описании признаков рода (экономическая деятельность);
- 2) в подробном рассмотрении видового разнообразия экономической деятельности;
- 3) в более детальном описании признаков вида (предпринимательская деятельность).

³⁴⁰ Согласно законодательству о банкротстве, арбитражные управляющие обязаны были регистрироваться в качестве индивидуальных предпринимателей, но после поправок 2008 года деятельность арбитражного управляющего не считается предпринимательской, регистрация арбитражного управляющего в качестве индивидуального предпринимателя – это его право, а не обязанность. С тех пор арбитражный управляющий признается субъектом профессиональной деятельности, считается, что он занимается частной практикой (см.: О несостоятельности (банкротстве): Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ // Консультант Плюс: Справочно-правовая система [Электронный ресурс] / ЗАО «Консультант Плюс». – Версия 2013. – Заглавие с экрана. – Режим доступа: (компьютерная сеть Алтайского государственного университета)).

³⁴¹ Ст. 47 действовавшего до недавнего времени Закона РФ «Об образовании» трижды меняла свое название: в 1993 году она называлась «Предпринимательская деятельность образовательного учреждения»; с 2004 году она существовала с названием «Предпринимательская и иная приносящая доход деятельность образовательного учреждения»; в 2010 году статья приобрела название «Приносящая доход деятельность образовательного учреждения» (см.: Об образовании: Закон Российской Федерации от 10 июля 1992 г. № 3266-1 // Консультант Плюс: Справочно-правовая система [Электронный ресурс] / ЗАО «Консультант Плюс». – Версия 2013. – Заглавие с экрана. – Режим доступа: (компьютерная сеть Алтайского государственного университета)).

Поскольку законодатель не выполнил первую и вторую задачи, его попытка описать предпринимательскую деятельность вряд ли может быть успешной. В таких условиях любая характеристика предпринимательской деятельности способна вызвать вопрос: идет речь о признаках рода или вида? Предпринимательская деятельность – самостоятельная, но только ли она обладает таким свойством или самостоятельность предпринимателя – это частный случай самостоятельности субъекта экономической деятельности? Предпринимательская деятельность, конечно же, сопряжена с риском, но только ли она носит рисковый характер или предпринимательский риск является одним из видов экономических рисков? Предпринимательская деятельность по определению направлена на систематическое получение прибыли, но может быть и другие виды экономической деятельности, хотя бы некоторые, не лишены этого свойства? Что же касается регистрации субъекта в качестве предпринимателя, то сам же законодатель, например в п. 4 ст. 23 ГК РФ, отказывается придавать этой процедуре конститутивное значение. Государственная регистрация гражданина в качестве индивидуального предпринимателя всего лишь доказывает статус предпринимателя, но не формирует его. Государственная регистрация юридических лиц имеет решающее значение, но не для появления статуса предпринимателя, а для появления самого субъекта права (юридического лица) и не способна выступать в качестве надежного ориентира в отграничении предпринимательской деятельности от других видов деятельности юридического лица. Здесь ярким примером может быть любая некоммерческая организация, регистрация которой еще не означает, что она станет заниматься предпринимательской деятельностью, а если и примет такое решение, то регистрироваться в качестве предпринимателя ей не нужно. Скажем так: легальное определение предпринимательской деятельности закончилось раньше, чем была поставлена точка в предложении абзаца 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ, а именно – после слова «услуг».

Можно пытаться рассуждать иначе: коль скоро законодатель дает определение предпринимательской деятельности, то всякое слово в этом

определении указывает на особенности вида, то есть исключительно на предпринимательскую деятельность, и не касается рода. Вряд ли такие рассуждения правильны. Неужели только предприниматели самостоятельны и только они рискуют? Можно усомниться и в монополии предпринимателей на прибыль. Сомнения появляются не на пустом месте. Изучение истории вопроса дает возможность прийти к выводу, что признак предпринимательской деятельности как вида экономической деятельности не то чтобы использован законодателем наряду с признаками экономической деятельности как рода и его надо всего лишь распознать и выделить в предложении абзаца 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ, этот признак вида, как ни странно, вообще не попал в определение предпринимательской деятельности. То есть, давая определение предпринимательской деятельности, законодатель ничего не сказал о ней по существу. Мы не склонны утверждать, что в ст. 2 ГК РФ вместо предпринимательской деятельности определена экономическая деятельность абсолютно во всех ее разновидностях, но есть основания думать, что под это определение подойдут наряду с предпринимательской и некоторые другие виды экономической деятельности. В любом случае, слова абзаца 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ не могут считаться определением только предпринимательской деятельности без одного важного уточнения.

В каком же уточнении нуждается определение предпринимательской деятельности и что именно в истории вопроса не позволяет довольствоваться существующим легальным определением предпринимательской деятельности? В классической литературе по российскому торговому праву купец (коммерсант) рассматривается как субъект осуществляющий деятельность промыслового характера, другими словами – профессионально.

Вот, что пишет о купцах (в современной России их называют предпринимателями) Г.Ф. Шершеневич: «Купцом признается тот, *кто занимается производством торговых сделок в виде промысла от своего имени*»³⁴². Далее автор поясняет: «Под промыслом следует понимать

³⁴² Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I: Введение. Торговые деятели. – М.: Статут, 2003. – С. 148.

деятельность, направленную к извлечению дохода посредством какого-либо постоянного занятия. В промышленной деятельности каждая отдельная сделка является особым звеном целого плана, составленного с целью приобретения постоянных доходов. Деятельность направленная на неопределенное число актов, в данном случае торгового характера, образующих постоянный источник доходов. Случайное, хотя бы даже частое, совершение торговых сделок, недостаточно для торгового промысла»³⁴³. Заметно, что для Г.Ф. Шершеневича в промысловой деятельности в равной мере значимы и цель деятельности и способы ее достижения. Особенность деятельности купца определяется не только особенностью цели (постоянный источник доходов), но и особенностью используемых средств (спланированная, осмысленная, специально организованная деятельность). Поэтому, Г.Ф. Шершеневич большое внимание уделяет примерам внешних проявлений промысловой деятельности, которые характеризуют ее с организационной стороны: открытие магазина, использование вывески, взятие свидетельства и т.п.

В одно время с Г.Ф. Шершеневичем В.А. Удинцев так писал об основном признаке купца (коммерсанта, предпринимателя): «Этот постоянный элемент, являющийся единственным результатом развития особого права торговли и промысла, элемент, не только сохраняющий все свое значение, но и приобретающий все большее и большее – есть профессия, *осуществляющая в купеческом предприятии*. Профессия же является и пределом сближения права торгового с правом гражданским. Это значит, что нормы так называемого торгового права, поскольку вызваны они к существованию профессией, останутся достоянием той сферы отношений, смешивать, сливать которую с оборотом общегражданским, так сказать, обыденным и соседским, не нужно, нецелесообразно и не справедливо»³⁴⁴. Вот как В.А. Удинцев объясняет непрестанное расширение сферы действия торгового права: «В торговле важна для законодателя лишь профессия, а под эту последнюю попадает ряд других

³⁴³ Там же.

³⁴⁴ Удинцев В.А. Избранные труды по торговому и гражданскому праву. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. – С. 164-165.

промыслов. С этой точки зрения легко понять и постоянное расширение области действия торгового права. Наиболее справедливые и целесообразные принципы, монополизированные торговым правом, несомненно, склонили известные экономические сферы к подчинению специальному праву. Но важнейшим мотивом для такого распространения действия торгового права на новые сферы – была профессия»³⁴⁵.

Можно было бы закончить призывом развивать в гражданском праве конституционное понятие «предпринимательская деятельность» через обращение к промысловому, то есть профессиональному способу организации и ведения этой деятельности. Но этого мало. В работе В.А. Удинцева можно найти очень важное замечание: «Не всякая организация личных сил и капитала одинаково интересуется общественной властью, так как не всякое предприятие вызывает ее поддержку и – что особенно важно – не всякое предприятие представляет опасность для общественного интереса... Мелкие ремесленники и их «предприятия» должны быть исключены из действия особых норм и институтов потому что их предприятия не купеческие, их профессия не вызывает того общественного интереса, какой связан с предприятиями крупными»³⁴⁶. Об этом же пишет и современный зарубежный автор: «Не все лица, занимающиеся промыслом и отвечающие требованиям определения «купец», должны быть собственно купцами. Торговое право должно учитывать тот факт, что отдельные субъекты, занимающиеся промысловой деятельностью, лишь в незначительной мере принимают участие в хозяйственном обороте. В силу этого, правила правовой защиты должны к ним применяться как к частным лицам, а не как к купцам»³⁴⁷. Разграничение больших и малых предприятий, особое правовое регулирование многочисленных свободных профессий создает пеструю палитру правового регулирования профессиональной деятельности, когда специальные нормы о коммерсантах,

³⁴⁵ Указ. соч. – С. 165.

³⁴⁶ Указ. соч. – С. 171.

³⁴⁷ Цебулла М. Немецкое хозяйственное право: Учебное пособие / Под ред. А. Крец. Университет Пассау. Красноярск, 2000. – С.89.

содержащиеся в Германском торговом уложении, не распространяются на многих даже профессиональных субъектов хозяйственной деятельности.

Понятие «предпринимательская деятельность» нуждается в развитии и конкретизации посредством норм гражданского законодательства. Важными факторами развития должны стать:

- определение экономической деятельности и ее четкая, по возможности полная, дифференциация;

- определение предпринимательской деятельности как вида экономической деятельности и ее сравнительная характеристика с иными видами экономической деятельности;

- использование понятия «профессия» в качестве признака предпринимательской деятельности.

5.3. Незаконное предпринимательство: классика российской цивилистики как научная основа современной правоприменительной деятельности (Пятков Д.В.)³⁴⁸

Обычно регулирование правоохранительной направленности следует за нормальными регулятивными отношениями. Уголовное и административное законодательство берут понятийный аппарат цивилистики в том виде, как он используется в самом гражданском праве. Это общее правило. Так должно быть и с незаконной предпринимательской деятельностью. Ключевое понятие «предпринимательская деятельность» определено в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ)³⁴⁹. Предпринимательская деятельность названа в качестве объекта гражданско-правового регулирования. Но парадокс в том, что сегодня о предпринимательской деятельности мы получим более полные и точные сведения из официальных источников, посвященных правоохранительной деятельности. Административное и уголовное право вынуждены одновременно отвечать на вопросы, что значит «незаконная деятельность», и что значит «предпринимательская деятельность», явно выходя за пределы своей компетенции. В первую очередь назовем Постановление Пленума ВС РФ от 24 октября 2006 года № 18 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» (далее – Постановление Пленума ВС РФ)³⁵⁰.

Согласно ст. 2 ГК РФ предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Казалось бы, есть определение, в нем легко

³⁴⁸ Статья впервые опубликована в сборнике Материалы Всероссийской научно-практической конференции с международным участием (Конгресс цивилистов правоохранительных органов). Москва, 25–26 марта 2019 г. – М., 2019.

³⁴⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 30 ноября 1994 № 51-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.

³⁵⁰ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – 2006. – № 12.

угадываются признаки предпринимательской деятельности. На чем основан упрек в адрес гражданского права, что оно упустило инициативу в исследовании сущности предпринимательства? Согласно п. 13 Постановления Пленума ВС РФ «доказательствами, подтверждающими факт занятия... деятельностью, направленной на систематическое получение прибыли, в частности, могут являться показания лиц, оплативших товары, работу, услуги, расписки в получении денежных средств, выписки из банковских счетов лица, привлекаемого к административной ответственности, акты передачи товаров (выполнения работ, оказания услуг), если из указанных документов следует, что денежные средства поступили за реализацию этими лицами товаров (выполнение работ, оказание услуг), размещение рекламных объявлений, выставление образцов товаров в местах продажи, закупку товаров и материалов, заключение договоров аренды помещений». Это разъяснение далеко от идеала, есть некоторая несогласованность внутри предложения особенно в его концовке, где содержатся наиболее интересные мысли: размещение рекламы подразумевается как источник дохода, то есть вид оплачиваемой деятельности, или как пример услуг, которые заказывает незаконный предприниматель? Когда говорится об аренде, имеется в виду, что незаконный предприниматель сдает в аренду имущество или арендует его? У белорусских коллег получилось лучше³⁵¹.

Откуда в судебной практике появилась идея о том, что брать имущество в аренду, рекламировать свои товаров, выставлять образцы своих товаров – значит совершать действия, с высокой степенью вероятности свидетельствующие о предпринимательском характере деятельности субъекта? Как это можно связать с определением предпринимательской деятельности в ст. 2 ГК РФ? Перечень доказательств сформулирован так, что возникают вопросы:

³⁵¹ См.: п. 3 Постановления Президиума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 13 марта 2008 г. № 14 «О некоторых вопросах применения хозяйственными судами статьи 12.7 Кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях». [Электронный ресурс]: // URL: https://belzakon.net/Законодательство/Постановление_Президиума_Высшего_Хозяйственного_Суда_РБ/2008/69072 (дата обращения: 9.05.2019)

- если есть аренда, реклама, выставление образцов товаров и тому подобное, но нет доказательств получения дохода, что делать?

- если есть доказательства получения дохода, но нет аренды, рекламы и выставления образцов товаров, как быть?

Еще более интересным оказался комментарий к п. 13 Постановления Пленума ВС РФ, который дал заместитель председателя ВС РФ П.П. Серков: «Бабушку, торгующую семечками, или дедушку, продающего грибочки на рынке, банку огурцов или варенья, чтобы купить себе хлеб, нельзя отнести к предпринимателям, они не участвуют в извлечении прибыли, которая серьезно влияет на нашу экономику. Хотя, конечно, в целях улучшения статистики надлежащей борьбы с незаконным предпринимательством по формальным признакам может быть поставлен вопрос об их привлечении к административной ответственности за незаконное предпринимательство, это неправильно... речь идет о бытовых сделках, которые вряд ли можно назвать незаконным предпринимательством, если сверять его с ГК РФ. Хотя формально – похожие ситуации»³⁵². Как Постановление Пленума ВС РФ и комментарий связаны с ГК РФ? При чем здесь бабушки, дедушки, грибочки и желание покупать хлеб? Разве это является важным обстоятельством по ст. 2 ГК РФ. А «серьезность влияния на нашу экономику»?

Призыв к неформальному подходу при рассмотрении административных дел воплощен на практике, по крайней мере в практике самого ВС РФ это заметно. Нижестоящие суды могут и за 20 проданных яиц в месяц налагать на бабушку штраф³⁵³.

Либо позиция ВС РФ находится в явном конфликте с ГК РФ. Либо она имеет в качестве ориентира более сильный образец. О конфликте с ГК РФ говорить проблематично по той причине, что в ГК РФ по сути нет определения предпринимательской деятельности. Есть нечто похожее на определение (ст. 2), но не определение в полном смысле слова. А.Г. Быков так писал по поводу слов

³⁵² Интервью: КоАП РФ: Особенная часть // ЭЖ-Юрист. – 2006. – № 45.

³⁵³ Решение Верховного Суда Республики Крым Решение № 12-631/2016 от 17 мая 2016 г. по делу № 12-631/2016. [Электронный ресурс]: // URL: <https://sudact.ru/regular/doc/odu6q7QipjIq/> (дата обращения: 9.05.2019)

ГК РФ о предпринимательской деятельности: основную цель фиксации этого положения законодатель видел не в формулировке понятия предпринимательской деятельности, а в том, чтобы сказать, что гражданское законодательство регулирует также и отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность (или с участием их), кратко отметив в этой связи (дабы не было каких-либо недоуменных вопросов), что понимается под этой деятельностью³⁵⁴. Полноценное определение предпринимательской деятельности в действительности является лишь кратким замечанием по поводу предпринимательской деятельности. Есть все основания думать, что А.Г. Быков прав в оценке ст. 2 ГК РФ. Особенность так называемого определения предпринимательской деятельности по ГК РФ в том, что оно не имеет ничего общего с определениями предпринимательской деятельности в странах Запада (Европа, США). Их законодательство мы часто берем в качестве образца, почему же не взяли определение коммерсанта, в котором традиционно делается акцент не на особенной цели деятельности, а специфических на способах ее осуществления? Может быть потому, что и не пытались дать определение.

Что же могло быть положено в основу разъяснений ВС РФ и комментария П.П. Серкова? Как это ни странно, но современная правоприменительная практика в большей степени соответствует досоветским представлениям о торговых сделках, купцах и торговой деятельности. Так, например, Г.Ф. Шершеневич утверждал, что «все дело в намерении. Поэтому для признания лица купцом нет необходимости ожидать, чтобы лицо это совершило ряд торговых сделок: достаточно одного действия, если это лицо обнаруживает намерение вести торговлю, открывающую промысел. Обнаружению этого намерения могут служить различные обстоятельства, которых значение подлежит, конечно, свободной оценке суда: наем лавки, приказчиков, взятие промыслового свидетельства, вывеска, публикация, рассылка циркуляров»³⁵⁵.

³⁵⁴ Быков А.Г. О содержании курса гражданского права и принципах его построения // А.Г. Быков: Человек, Ученый, Учитель. – М.: Стартап, 2013. – С. 72.

³⁵⁵ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права / по изданию 1914 г. / Фирма «СПАРК», 1994. – С. 61.

Заметно, все внимание классика не на том, что субъект желает обогатиться и регулярно получает доход. Важно, как он это делает, особым образом – в виде промысла: тут и аренда (наем лавки), и реклама (вывеска), и выставление товаров в местах продажи подразумевается.

Но Г.Ф. Шершеневич оставляет нас на полпути к пониманию предпринимательской деятельности. Больше преуспел в этом другой классик отечественного права, В.А. Удинцев, считавший, что в торговле (в регулировании предпринимательской деятельности) важна для законодателя профессия³⁵⁶. О профессионализме как признаке предпринимательской деятельности речь ведется в традиционном для дореволюционной юриспруденции ключе: предприниматель особым образом организует свой труд, применяет особые средства, использует специфические навыки и знания, что всё вместе явным образом отличает его от иных субъектов, занятых быть может тем же самым делом, но, так сказать, на бытовом уровне.

Не всякая организация личных сил и капитала, – продолжает В.А. Удинцев, – одинаково интересуется общественной властью, так же не всякое предприятие вызывает ее поддержку, не всякое предприятие представляет опасность для общественного интереса. Не особенной психологией профессионального экономического деятеля вызывается опасность для общественного интереса, а лишь особенной обстановкой деятельности. Мелкие ремесленники и их предприятия должны быть исключены из действия особых норм и институтов, потому что их предприятия не купеческие, их профессия не вызывает того общественного интереса, какой связан с предприятиями крупными³⁵⁷. Какая грань должна разделить две области экономической деятельности? По мнению В.А. Удинцева это вопрос законодательной политики, разрешаемый по соображениям обстоятельств данного времени и места³⁵⁸. То есть законодатель не только вправе, но и обязан дифференцированно подходить к регулированию экономической деятельности,

³⁵⁶ См.: Удинцев В.А. Избранные труды по торговому и гражданскому праву. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. – С. 165.

³⁵⁷ Указ. соч. – С. 171.

³⁵⁸ Там же.

различая среди лиц, стремящихся систематически получать доход от своей деятельности, предпринимателей и тех, кто похож на них, но по соображениям целесообразности может остаться за пределами действия специальных норм о предпринимателях.

Таким образом становится понятно, откуда в нашей правоприменительной практике по делам о незаконном предпринимательстве такое снисхождение к бабушкам и дедушкам, осуществляющим регулярную торговлю и систематически получающим доход: они действуют не профессионально, не в виде промысла. А если кто-то и может быть заподозрен в профессиональном подходе к организации своего прибыльного дела – они не оказывают серьезного влияния на экономику. Почему же эта ясность появляется не от чтения ГК РФ или современной литературы по гражданскому праву; почему столь важные для понимания предпринимательской деятельности разъяснения ВС РФ содержатся в постановлении, посвященном отнюдь не ГК РФ?

Приходится признать, что сегодня цивилистика самоустранилась от исследования сущности предпринимательской деятельности. Классические идеи, принадлежащие гражданскому праву, вынужденно развиваются в уголовном и административном праве, ими преломляются к современной действительности, адаптируются к нашей жизни. Это должны делать в первую очередь сами цивилисты. Определение ст. 2 ГК дезориентирует практику, толкает ее на путь формализма, причиняя вред простым гражданам, подвергая их уголовно-правовым и административным санкциям, когда для этого нет достаточных оснований. Оно нуждается в существенной корректировке.

5.4. Векторы развития законодательства о паллиативной медицинской помощи в Российской Федерации (Пронина Н.А.)³⁵⁹

Весной 2019 года вступил в силу федеральный закон о паллиативной медицинской помощи. Что нового он привнес в правила об оказании медицинской помощи, – рассмотрим в этой статье.

Паллиативная медицинская помощь представляет собой комплекс мероприятий, включающих медицинские вмешательства, мероприятия психологического характера и уход, осуществляемые в целях улучшения качества жизни неизлечимо больных граждан и направленные на облегчение боли, других тяжелых проявлений заболевания.

Это определение теперь закреплено в законе – ст. 36 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» в редакции Федерального закона от 06.03.2019 № 18-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» по вопросам оказания паллиативной медицинской помощи».

Прежнее нормативное определение паллиативной медицинской помощи было уже по объему и не включало в комплекс мероприятий психологическую помощь и уход, а ограничивалось только медицинским вмешательством, направленным на избавление от боли и облегчение других тяжелых проявлений заболевания, в целях улучшения качества жизни неизлечимо больных граждан (ст. 36 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» в редакции, действовавшей с 03.04.2017 г. по 17.03.2019 г.).

Обращает внимание то, что в нынешней редакции законодатель определил данный вид медицинской помощи как комплексный, направленный на улучшение качества жизни как самих пациентов, так и членов их семей.

³⁵⁹ Работа ранее не публиковалась.

Такой подход всецело соответствует пониманию паллиативной медицинской помощи, воспринятому Всемирной организацией здравоохранения, по данным которой «глобальная потребность в паллиативной медицинской помощи будет и далее возрастать вследствие увеличивающегося бремени неинфекционных заболеваний и старения населения»³⁶⁰.

К основным нормативно-правовым актам, регулирующим оказание паллиативной медицинской помощи взрослым в России относятся:

а) Федеральный закон от 06.03.2019 № 18-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» по вопросам оказания паллиативной медицинской помощи»;

б) Положение об организации оказания паллиативной медицинской помощи, включая порядок взаимодействия медицинских организаций, организаций социального обслуживания и общественных объединений, иных некоммерческих организаций, осуществляющих свою деятельность в сфере охраны здоровья, утвержденное приказами Минздрава РФ и Минтруда РФ от 31.05.2019 г. № 345н/372н и 38 Приложений к нему, регулирующих отдельные вопросы оказания паллиативной медицинской помощи (далее – Положение).

В соответствии с законодательством паллиативная медицинская помощь оказывается в амбулаторных условиях, в том числе на дому, в стационарных условиях, в условиях дневного стационара. Ранее – только в амбулаторных условиях и в стационаре.

Паллиативная помощь может быть оказана как в специализированных, так и в неспециализированных медицинских учреждениях.

Неспециализированные учреждения паллиативной помощи:

- районные службы сестринского ухода;
- врачи общей практики;
- амбулаторные службы сестринского ухода;
- отделения больниц общего профиля;
- дома для престарелых.

³⁶⁰URL:<https://www.who.int/ru/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care>

Специализированные учреждения и центры:

- стационарные отделения паллиативной помощи;
- стационарные хосписы;
- команды паллиативной помощи в больницах;
- патронажные бригады паллиативной помощи на дому;
- дневные хосписы;
- стационары на дому;
- амбулаторные клиники.

Паллиативная медицинская помощь предоставляется взрослым с неизлечимыми прогрессирующими заболеваниями или состояниями, а также заболеваниями или состояниями в стадии, когда исчерпаны возможности этиопатогенетического лечения, при наличии медицинских показаний, указанных в приложении № 1 к Положению, в том числе:

различные формы злокачественных новообразований;

органная недостаточность в стадии декомпенсации, при невозможности достичь ремиссии заболевания или стабилизации состояния пациента;

хронические прогрессирующие заболевания в терминальной стадии развития;

тяжелые необратимые последствия нарушений мозгового кровообращения, необходимость проведения симптоматического лечения и обеспечения ухода при оказании медицинской помощи;

тяжелые необратимые последствия травм, необходимость проведения симптоматического лечения и обеспечения ухода при оказании медицинской помощи;

дегенеративные заболевания нервной системы на поздних стадиях развития заболевания;

различные формы деменции, в том числе с болезнью Альцгеймера, в терминальной стадии заболевания;

социально значимые инфекционные заболевания в терминальной стадии развития, необходимость проведения симптоматического лечения и обеспечения ухода при оказании медицинской помощи.

Ранее действовавший Приказ Минздрава России от 14.04.2015 г. № 187н «Об утверждении порядка оказания паллиативной медицинской помощи взрослому населению» содержал иную формулировку оснований назначения мероприятий паллиативной медицинской помощи, а именно: «она оказывается пациентам с неизлечимыми прогрессирующими заболеваниями и состояниями, в также заболеваниями в стадии, когда исчерпаны возможности радикального лечения и медицинской реабилитации, среди которых выделяют следующие основные группы...». Иными словами, перечень заболеваний был закрытым. Ныне действующее Положение предусматривает иной подход – эти же случаи назначения паллиативной помощи зафиксированы с формулировкой «в том числе», то есть возможны и иные случаи назначения паллиативной медицинской помощи, больным с иными диагнозами, если они подпадают под общие требования – неизлечимое прогрессирующее заболевание или состояние, исчерпаны возможности этиопатогенетического лечения и наличие медицинских показаний, указанных в приложении № 1 к Положению.

В Приложении № 1 указываются общие медицинские показания к оказанию взрослым паллиативной медицинской помощи:

ухудшение общего состояния, физической и/или когнитивной функции на фоне прогрессирования неизлечимого заболевания и неблагоприятный прогноз развития заболевания, несмотря на оптимально проводимое специализированное лечение;

снижение функциональной активности пациента, определенной с использованием унифицированных систем оценки функциональной активности;

потеря массы тела более чем на 10% за последние 6 мес.

И отдельно приводятся показания по группам заболеваний: при различных формах злокачественных новообразований, при различных формах

деменции, в том числе болезни Альцгеймера, при тяжелых необратимых последствиях нарушений мозгового кровообращения, при болезнях органов кровообращения, при болезнях органов дыхания, при почечной недостаточности, при болезнях печени, при дегенеративных заболеваниях нервной системы, боковом амиотрофическом склерозе и других заболеваниях двигательных нейронов, рассеянном склерозе, дегенеративных заболеваниях экстрапирамидной системы.

Пункт 10 Положения раскрывает медицинские показания к оказанию паллиативной медицинской помощи взрослым с социально значимыми инфекционными заболеваниями в терминальной стадии развития, к ним относятся ВИЧ-инфекции и туберкулез.

Перечень медицинских показаний к оказанию паллиативной медицинской помощи не является исчерпывающим.

Федеральным законом № 18-ФЗ от 06.03.2019 г. внесены изменения в ст. 20 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» в части регулирования получения информированного добровольного согласия на медицинское вмешательство и на отказ от медицинского вмешательства при оказании паллиативной медицинской помощи. Так, установлено, что при оказании паллиативной медицинской помощи, допускается медицинское вмешательство без согласия гражданина, одного из родителей или иного законного представителя, если состояние гражданина не позволяет выразить ему свою волю и отсутствует законный представитель (п. 9 ст. 20 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»).

При этом решение о медицинском вмешательстве принимается врачебной комиссией либо, если собрать врачебную комиссию невозможно, - консилиумом врачей или непосредственно лечащим (дежурным) врачом с внесением такого решения в медицинскую документацию пациента и последующим уведомлением должностных лиц медицинской организации (руководителя медицинской организации или руководителя отделения

медицинской организации), гражданина, в отношении которого проведено медицинское вмешательство, одного из родителей или иного законного представителя (п. 10 ст. 20 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»).

Паллиативную медицинскую помощь принято разделять на виды: первичная доврачебная медицинская помощь, первичная врачебная и специализированная медицинская помощь. Соответственно, в зависимости от вида паллиативной помощи она может оказываться фельдшерами и иными медицинскими работниками со средним медицинским образованием (первичная доврачебная помощь) либо врачами-терапевтами, врачами-терапевтами-участковыми, врачами-педиатрами, врачами-педиатрами-участковыми, врачами общей практики (семейными врачами), врачами-специалистами медицинских организаций, оказывающих первичную медико-санитарную помощь, специализированную медицинскую помощь (первичная врачебная помощь). Паллиативная специализированная медицинская помощь оказывается врачами-специалистами, занимающими должность врача по паллиативной медицинской помощи, иными врачами-специалистами, медицинскими работниками со средним профессиональным образованием кабинетов паллиативной медицинской помощи взрослым, отделений выездной патронажной паллиативной медицинской помощи взрослым, отделений паллиативной медицинской помощи взрослым, хосписов для взрослых, отделений сестринского ухода для взрослых, домов (больниц) сестринского ухода для взрослых, дневных стационаров паллиативной медицинской помощи взрослым, респираторных центров для взрослых, отделений (бригад) выездной патронажной паллиативной медицинской помощи детям, отделений (коек) паллиативной медицинской помощи детям, хосписов для детей, дневных стационаров паллиативной медицинской помощи детям.

Обязательным условием является то, что медицинские работники, привлеченные к оказанию паллиативной медицинской помощи, должны пройти обучение по оказанию такой помощи. Законодатель не актуализировал

требования к порядку прохождения этого обучения. По всей видимости, обучение врачей проходит в форме повышения квалификации в соответствии с профессиональным стандартом «Врач по паллиативной медицинской помощи», утвержденным приказом Минтруда России от 22.06.2018 № 409н. Обучение медицинских работников со средним медицинским образованием проводится по дополнительным образовательным программам по вопросам оказания паллиативной медицинской помощи.

Анализ Положения об организации оказания паллиативной медицинской помощи от 31.05.2019 г. № 345н/372н и Приложений к нему, а также рекомендаций ВОЗ, касающихся организации и порядка осуществления паллиативной медицинской помощи, требование об обязательном обучении в сфере паллиативной медицинской помощи не распространяется на врачей-специалистов, привлекаемых для консультативной помощи пациентам по профилю основного заболевания.

В пункте 11 Положения конкретизируются действия, которые совершает медицинский работник в рамках оказания паллиативной медицинской помощи. В частности, осуществляется лечение болевого синдрома и других тяжелых проявлений заболевания; назначение лекарственных препаратов, включая наркотические лекарственные препараты и психотропные лекарственные препараты; выполнение или назначение мероприятий по уходу за пациентом; информирование пациента (законного представителя, родственника, иных лиц, осуществляющих уход за пациентом) о характере и особенностях течения заболевания с учетом этических и моральных норм, уважительного и гуманного отношения к пациенту, его родственникам и близким.

При наличии показаний медицинское заключение о необходимости проведения паллиативной медицинской помощи пациентам со злокачественными новообразованиями выдает врач-онколог, если есть гистологически верифицированный диагноз, или иные врачи (терапевты, врачи общей практики, фельдшера, врачи-специалисты) при наличии заключения врача-онколога о необходимости проведения симптоматического лечения.

Пациентам с иными показаниями (не злокачественные новообразования) медицинское заключение выдает врачебная комиссия медицинской организации или консилиум врачей той организации, где осуществляется наблюдение и лечение взрослого.

Новеллой, получившей свое закрепление в Положении, является рекомендация для определения состава врачебной комиссии или консилиума врачей. Предполагается, что комиссия (консилиум) формируется из лечащего врача по профилю заболевания пациента, врача по паллиативной медицинской помощи, врача по медицинской реабилитации, врача-гериатра (для пациентов старше 75 лет), врача-анестезиолога-реаниматолога и/или врача-пульмонолога (для пациентов, нуждающихся в длительной респираторной поддержке) (п. 15 Положения).

При отсутствии в указанной медицинской организации врача по медицинской реабилитации, врача-гериатра, врача-анестезиолога-реаниматолога и/или врача-пульмонолога, врача по паллиативной медицинской помощи медицинская организация привлекает для участия в консилиуме врачей медицинских работников иных медицинских организаций, в том числе возможно дистанционное участие.

Процедура дистанционного взаимодействия медицинских работников определяется Приказом Минздрава РФ от 30.11.2017 № 965н «Об утверждении порядка организации и оказания медицинской помощи с применением телемедицинских технологий». Так, п. 2 указанного Порядка предусматривает, что телемедицинские технологии применяются при организации и оказании медицинской помощи при дистанционном взаимодействии медицинских работников между собой с целью получения:

а) заключения медицинского работника сторонней медицинской организации, привлекаемого для проведения консультации и (или) участия в консилиуме врачей с применением телемедицинских технологий по вопросам оценки состояния здоровья пациента, уточнения диагноза, определения прогноза и тактики медицинского обследования и лечения, целесообразности

перевода в специализированное отделение медицинской организации либо медицинской эвакуации;

б) протокола консилиума врачей по вопросам оценки состояния здоровья пациента, уточнения диагноза, определения прогноза и тактики медицинского обследования и лечения, целесообразности перевода в специализированное отделение медицинской организации либо медицинской эвакуации.

Заседание врачебной комиссии оформляется протоколом, выписка из протокола может быть выдана пациенту на основании его письменного заявления (или его представителей, родственников)³⁶¹. Само медицинское заключение вносится в медицинскую документацию пациента. Копия медицинского заключения направляется в медицинскую организацию, оказывающую первичную медико-санитарную помощь по месту жительства (фактического пребывания) пациента и медицинскую организацию, оказывающую паллиативную первичную (доврачебную и врачебную) медицинскую помощь, а также выдается на руки пациенту или его законному представителю.

Положением предусматривается, что медицинская организация в рамках оказания паллиативной медицинской помощи организует, помимо мероприятий, указанных в п. 11 Положения, также направление пациента на медико-социальную экспертизу, если у взрослого не установлена инвалидность, но есть основания для этого, или требуется внесение изменений в индивидуальный план реабилитационных мероприятий пациента.

Врачебная комиссия медицинской организации одновременно с принятием решения о наличии у пациента показаний для оказания паллиативной медицинской помощи принимает решение о направлении пациента на медико-социальную экспертизу и направлении его на медицинские обследования, необходимые для получения клинико-функциональных данных в

³⁶¹ См. Порядок создания и деятельности врачебной комиссии (утв. Приказом Минздрава РФ от 05.05.2012 № 502н).

зависимости от заболевания в целях проведения медико-социальной экспертизы, в случае отсутствия указанных медицинских обследований.

Лечащий врач в течение одного рабочего дня с даты принятия решения врачебной комиссией медицинской организации о направлении пациента на медико-социальную экспертизу информирует пациента (его законного или уполномоченного представителя) об указанном решении и оформляет согласие пациента на направление его на медико-социальную экспертизу.

Медицинская организация оформляет направление на медико-социальную экспертизу и результаты медицинских обследований в срок, не превышающий одного рабочего дня со дня получения результатов медицинских обследований при наличии согласия пациента (законного или уполномоченного представителя) на направление его на медико-социальную экспертизу.

В течение одного рабочего дня с даты оформления направления на медико-социальную экспертизу медицинская организация передает направление на медико-социальную экспертизу и результаты медицинских обследований в федеральное государственное учреждение медико-социальной экспертизы.

Федеральное государственное учреждение медико-социальной экспертизы при получении направления на медико-социальную экспертизу медицинской организации установленной формы и иных документов пациента проводит медико-социальную экспертизу и принимает решение в срок, не превышающий трех рабочих дней с даты получения указанного направления.

Не позднее одного рабочего дня с даты принятия решения федеральным государственным учреждением медико-социальной экспертизы сведения о результатах проведенной медико-социальной экспертизы направляются в медицинскую организацию, выдавшую направление на медико-социальную экспертизу.

Медицинские организации, оказывающие паллиативную медицинскую помощь, осуществляют взаимодействие с родственниками и иными членами

семьи пациента или законным представителем пациента, лицами, осуществляющими уход за пациентом, добровольцами (волонтерами), а также организациями социального обслуживания, религиозными организациями, с общественными объединениями, иными некоммерческими организациями, осуществляющими свою деятельность в сфере охраны здоровья.

Взаимодействие медицинских организаций, организаций социального обслуживания, общественных и иных некоммерческих организаций, осуществляющих свою деятельность в сфере охраны здоровья граждан, осуществляется в целях улучшения морально-психологического состояния пациентов, в том числе за счет реализации следующих мероприятий:

- осуществление дополнительного ухода за пациентами;
- организация досуга (свободного времени) пациентов и их родственников;
- улучшение социально-бытовых условий пребывания пациентов;
- трудовая помощь;
- проведение мероприятий культурной и творческой направленности;
- оказание юридической помощи пациентам.

Медицинская организация, в которой принято решение об оказании паллиативной медицинской помощи пациенту, в целях организации социального обслуживания, осуществляет:

направление обращения о предоставлении социального обслуживания в уполномоченный орган или в уполномоченную организацию о необходимости предоставления социального обслуживания пациенту, полностью или частично утратившему способность либо возможность осуществлять самообслуживание, самостоятельно передвигаться, обеспечивать основные жизненные потребности, при наличии согласия законного представителя недееспособного гражданина, имеющего показания для оказания паллиативной медицинской помощи;

направление в уполномоченный орган или уполномоченную организацию информацию о необходимости предоставления пациенту социального обслуживания, при наличии согласия законного представителя

недееспособного гражданина, имеющего показания для оказания паллиативной медицинской помощи.

Обращение о предоставлении социального обслуживания пациенту, утратившему способность к самообслуживанию и получающему паллиативную медицинскую помощь в амбулаторных условиях, направляется медицинской организацией в уполномоченный орган или уполномоченную организацию в течение одного рабочего дня с даты выявления такого пациента.

Обращение о предоставлении социального обслуживания недееспособному гражданину, получающему паллиативную медицинскую помощь в амбулаторных условиях, направляется медицинской организацией в уполномоченный орган или уполномоченную организацию в течение одного рабочего дня с даты получения согласия законного представителя на направление такого обращения.

Обращение о предоставлении социального обслуживания пациенту, утратившему способность к самообслуживанию или являющегося недееспособным лицом, и получающего паллиативную медицинскую помощь в стационарных условиях, направляется медицинской организацией в уполномоченный орган или уполномоченную организацию не позднее чем за 10 дней до планируемой выписки пациента.

Решение о признании пациента нуждающимся в предоставлении социального обслуживания либо об отказе в социальном обслуживании принимается не позднее двух рабочих дней с даты подачи заявления и документов, необходимых для предоставления социального обслуживания.

Социальное обслуживание одиноко проживающих пациентов, утративших способность к самообслуживанию, в форме социального обслуживания на дому или в полустационарной форме организуется не позднее чем за два дня до его выписки из стационара.

Социальное обслуживание пациентов, утративших способность к самообслуживанию, в стационарной форме социального обслуживания организуется уполномоченными органами и уполномоченными организациями

в срок, не превышающий одного месяца с даты признания пациента нуждающимся в стационарной форме социального обслуживания.

В случае если в указанные сроки оформление оказания социальных услуг одиноко проживающему пациенту, утратившему способность к самообслуживанию, не завершено, уполномоченным органом или уполномоченной организацией организуется оказание пациенту срочных социальных услуг, в том числе доставка лекарственных препаратов, обеспечение питанием, санитарно-гигиенические услуги, содействие в получении экстренной психологической помощи с привлечением к этой работе психологов и священнослужителей.

Порядок взаимодействия медицинских организаций, организаций социального обслуживания, общественных организаций и иных некоммерческих организаций при оказании паллиативной медицинской помощи установлен в Приложении № 38 к Положению, предусмотрены различные формы обращения медицинской организации в соответствующие органы и организации, сроки направления обращения.

При оказании паллиативной медицинской помощи по медицинским показаниям назначение обезболивающих лекарственных препаратов, в том числе наркотических и психотропных лекарственных препаратов, включенных в списки II и III Перечня наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, подлежащих контролю в Российской Федерации, осуществляется в порядке, установленном Приказом Министерства здравоохранения Российской Федерации от 14 января 2019 г. № 4н «Об утверждении порядка назначения лекарственных препаратов, форм рецептурных бланков на лекарственные препараты, порядка оформления указанных бланков, их учета и хранения».

Так, п. 32, 33 указанного Порядка назначения лекарственных препаратов, форм рецептурных бланков на лекарственные препараты, порядка оформления указанных бланков, их учета и хранения установлено, что при типичном течении заболевания пациента назначение лекарственных средств

осуществляется медицинским работником, по решению врачебной комиссии назначение производится в случаях:

1) одновременного назначения одному пациенту пяти и более лекарственных препаратов в течение одних суток или свыше десяти наименований в течение одного месяца;

2) назначения лекарственных препаратов при нетипичном течении заболевания, наличии осложнений основного заболевания и (или) сопутствующих заболеваний, при назначении лекарственных препаратов, особенности взаимодействия и совместимости которых согласно инструкциям по их применению приводят к снижению эффективности и безопасности лечения пациента и (или) создают потенциальную опасность для жизни и здоровья пациента;

3) первичного назначения пациенту наркотических и психотропных лекарственных препаратов списков II и III Перечня (в случае принятия руководителем медицинской организации решения о необходимости согласования назначения таких лекарственных препаратов с врачебной комиссией).

В соответствии с изменениями, внесенными Приказом Минздрава России от 11.12.2019 № 1022н, с 09.02.2020 действует специальное правило, касающееся возможности увеличения количества назначенных лекарственных препаратов, включенных в перечень ПКУ, – не более чем в 2 раза по сравнению с количеством наркотических средств или психотропных веществ, которое может быть выписано в одном рецепте и при обязательном учете клинических рекомендаций (п. 16 Порядка назначения лекарственных препаратов, форм рецептурных бланков на лекарственные препараты, порядка оформления указанных бланков, их учета и хранения). Прежняя редакция п. 16 указанного Порядка не предусматривала обязательности учета клинических рекомендаций.

Кроме того, при оказании паллиативной медицинской помощи амбулаторно пациентам могут предоставляться медицинские изделия,

включенные в федеральный перечень реабилитационных мероприятий, технических средств реабилитации и услуг, предоставляемых инвалиду.

Приказом Минздрава РФ от 31.05.2019 г. № 348н утвержден «Перечень медицинских изделий, предназначенных для поддержания функций органов и систем организма человека, предоставляемых для использования на дому», в соответствии с которым пациентам могут быть предоставлены для использования на дому, например, анестезиологические и респираторные медицинские изделия (пикфлоуметры, аппараты искусственной вентиляции легких, ингаляторы и др.), вспомогательные и общебольничные медицинские изделия (система дозированного введения анальгетиков, кровать адаптационная, кровать педиатрическая, кровать больничная стандартная с электроприводом), гастроэнтерологические медицинские изделия и другие изделия.

Решение о предоставлении медицинских изделий принимается врачебной комиссией медицинской организации, где пациент получает паллиативную медицинскую помощь амбулаторно, на основании заключения лечащего врача с обязательным приложением информированного согласия пациента (его законного представителя или родственника) и анкеты о возможности использования медицинского изделия в условиях амбулаторной паллиативной помощи).

Передача медицинского изделия должна быть произведена в течение 5 рабочих дней после принятия решения врачебной комиссией на основании договора безвозмездного пользования (ссуды) и акта приема-передачи, который оформляется по факту передачи изделия, его установки, пуско-наладки.

В части условий договора ссуды медицинского изделия законодатель не устанавливает никаких обязательных требований, кроме тех, которые предусмотрены Гражданским кодексом РФ. Так, законодательно не решен вопрос, кто из сторон договора – ссудодатель или ссудополучатель – обязаны осуществлять техническое обслуживание, ремонт медицинского изделия и

обеспечение его расходными медицинскими материалами. Соответственно, медицинская организация в силу договора может переложить эти обязанности на пациента.

Предоставление паллиативной медицинской помощи для взрослых осуществляется на бесплатной основе. Финансирование мероприятий паллиативной помощи отнесено к полномочиям субъектов российской Федерации в соответствии с территориальными программами государственных гарантий или за счет федеральных субсидий в рамках Государственной программы РФ «Развитие здравоохранения» (Постановление Правительства РФ № 1640 от 26.12.2017), ведомственной целевой программы «Развитие системы оказания паллиативной медицинской помощи», утвержденной приказом Минздрава РФ от 03.10.2019 г. № 831.

Подводя итог, можно отметить, что одним из ключевых новшеств законодательства о паллиативной медицинской помощи является возможность при определенных условиях проводить медицинские вмешательства без согласия неизлечимо больного пациента или законного представителя. Другие важные новеллы – теперь паллиативная помощь включает психологическую поддержку и уход за неизлечимо больными гражданами, а оказывать ее будут не только в амбулаторных и стационарных условиях, но и в условиях дневного стационара. Медицинские организации теперь должны взаимодействовать с родственниками неизлечимо больного пациента, другими членами его семьи, организациями социального обслуживания, религиозными организациями и др. Это поможет предоставить гражданину социальные услуги, меры соцзащиты, психологическую поддержку. Думается, такой охват мероприятий паллиативной медицинской помощи позволит в полной мере отнести ее к комплексным институтам, как оно и предполагалось изначально Всемирной Организацией Здравоохранения. При этом нельзя не заметить, что основной объем обязанностей по организации паллиативной медицинской помощи ложится на медицинские организации и осуществляется в обязательном, а не в заявительном порядке.

Источники:

1. Гражданский кодекс Российской Федерации часть вторая // КонсультантПлюс [электронный ресурс]. URL: http://www.consultant.ru/document/Cons_doc_LAW_9027/#dst0 (время доступа 17.02.2020).
2. Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // КонсультантПлюс [электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/> (время доступа 17.02.2020).
3. Федеральный закон от 06.03.2019 № 18-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» по вопросам оказания паллиативной медицинской помощи» // КонсультантПлюс [электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/> (время доступа 17.02.2020).
4. Постановление Правительства РФ № 1640 от 26.12.2017 «Об утверждении государственной программы РФ «Развитие здравоохранения» // КонсультантПлюс [электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/> (время доступа 17.02.2020).
5. Приказ Минздрава РФ и Минтруда РФ от 31.05.2019 г. № 345н/372н «Об утверждении Положения об организации оказания паллиативной медицинской помощи, включая порядок взаимодействия медицинских организаций, организаций социального обслуживания и общественных объединений, иных некоммерческих организаций, осуществляющих свою деятельность в сфере охраны здоровья» // КонсультантПлюс [электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/> (время доступа 17.02.2020).
6. Приказ Минздрава России от 14.04.2015 г. № 187н «Об утверждении порядка оказания паллиативной медицинской помощи взрослому населению» // КонсультантПлюс [электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/> (время доступа 17.02.2020).
7. Приказ Минздрава РФ от 30.11.2017 № 965н «Об утверждении порядка организации и оказания медицинской помощи с применением

телемедицинских технологий» // КонсультантПлюс [электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/> (время доступа 17.02.2020).

8. Приказ Министерства здравоохранения Российской Федерации от 14 января 2019 г. N 4н «Об утверждении порядка назначения лекарственных препаратов, форм рецептурных бланков на лекарственные препараты, порядка оформления указанных бланков, их учета и хранения» // КонсультантПлюс [электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/> (время доступа 17.02.2020)

9. Приказ Минздрава РФ от 31.05.2019 г. № 348н «Об утверждении перечня медицинских изделий, предназначенных для поддержания функций органов и систем организма человека, предоставляемых для использования на дому» // КонсультантПлюс [электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/> (время доступа 17.02.2020).

10. Приказ Минздрава РФ от 03.10.2019 г. № 831 «Об утверждении ведомственной целевой программы «Развитие системы оказания паллиативной медицинской помощи» // КонсультантПлюс [электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru/> (время доступа 17.02.2020).

5.5. Добровольческая (волонтерская) деятельность в системе договорных отношений гражданского права (Пятков Д.В., Бибко Н.Э.)³⁶²

Не всегда сразу бывает понятна практическая ценность и целесообразность интеллектуальных упражнений учебного характера, когда касаешься фундаментальной темы. Приходится прилагать усилия, чтобы убедить себя и студентов в том, что хорошее знание всевозможных принципов, общих положений, начальных статей Гражданского кодекса Российской Федерации³⁶³ (далее – ГК РФ), первых страниц учебника или отдельных его глав когда-нибудь пригодится на практике. Можно долго, обстоятельно и с азартом решать задачи про перевозимый другом телевизор или сорванный приятелем домашний концерт, но когда мысленным взором не удастся выйти за рамки тесных дружеских и мимолетных бытовых отношений, невольно задумаешься, а стоит ли овчинка выделки? Так ли уж важно понимать, регулирует ли гражданское право безвозмездные услуги и что значит подарить «право требования к себе», если цена вопроса минимальна, а судебная перспектива в потенциальном споре маловероятна? Опять же, дареному коню... и т.д.

Но все-таки настает день, когда навык рассуждений, приобретенный на таких разминках, оказывается весьма востребованным. Это происходит, если законодатель вдруг начинает интенсивно регулировать какую-то сферу жизни, бывшую прежде в тени законодательного процесса, придавая некоторым практикам массовость и ставя их даже на профессиональную основу. Именно так, в нашем представлении, необходимость полноценного регулирования волонтерской деятельности, как добровольной деятельности по безвозмездному выполнению работ и (или) оказанию услуг, и желание государства оказать поддержку волонтерскому движению в России оправдывают самую высокую

³⁶² Статья впервые опубликована в журнале Правовая мысль в образовании, науке и практике. – 2018. – № 1. – С. 96–100.

³⁶³ Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.

степень внимания исследователей к проблеме безвозмездных договорных отношений в гражданском праве.

Кажутся уже не вполне уместными утверждения, типа тех, которые сделал Д. Степанов в 2004 году: «Представляется, что безвозмездное оказание услуг не входит в предмет гражданского права»³⁶⁴. По его мнению, «в отсутствие признака возмездности соответствующего обязательства по оказанию услуг такие услуги остаются за рамками права, поскольку в их нормировании отсутствует потребность, соответственно требования из подобного обязательства не подлежат защите правом (натуральное обязательство). В противном случае закрепление на уровне позитивного права возможности требовать исполнения в натуре услуг, вытекающих из договора безвозмездного оказания услуг, равносильно признанию внеэкономической зависимости одного человека от другого (для услуг, где исполнителем выступает физическое лицо), что противоречит не только базовым принципам частного права, но также и современной концепции прав человека»³⁶⁵. Напротив, приходится сожалеть вместе с М.И. Бару, который в 1957 году писал: «В советской науке гражданского права не только при решении конкретных вопросов, судьба которых связывается с возмездностью и безвозмездностью, эквивалентностью и неэквивалентностью, но и при определении критерия для отграничения одной отрасли права от другой, внутри единой системы советского социалистического права, переоценивается влияние момента возмездности и эквивалентности»³⁶⁶. По мнению ученого, «сила традиции, которая в гражданском праве иногда сказывается особенно заметно, в вопросе о влиянии возмездности и безвозмездности исключительно велика и это обнаруживается при решении как общетеоретических, так и конкретных проблем гражданского права»³⁶⁷.

³⁶⁴ Степанов Д.И. Обязательство по оказанию услуг и его объект // Хозяйство и право. Приложение. – 2004. – № 5. – С. 5.

³⁶⁵ Там же. С. 5–6.

³⁶⁶ Бару М.И. Возмездность и безвозмездность в советском гражданском праве: Автореф. дис. ...д-ра юрид. наук. – М., 1957. – С. 3.

³⁶⁷ Там же.

Вряд ли кто-то станет отрицать, что волонтерство в современной общественной жизни стало весьма заметным явлением. Контакты с добровольными помощниками в разных полезных для общества делах становятся для жителя более или менее крупного города чуть ли не повседневными. 2018 год объявлен Годом добровольца, на что обратил внимание Президент Российской Федерации в своем послании Федеральному Собранию 1 марта 2018 года³⁶⁸. Официально на государственном уровне установлен День добровольца (волонтера)³⁶⁹. Для регулирования условий и порядка осуществления волонтерской деятельности принят Федеральный закон от 5 февраля 2018 г. № 15-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам добровольчества (волонтерства)»³⁷⁰.

Когда вопрос о правовой регламентации волонтерской деятельности поднимается в литературе, в частности рассматривается правовая природа договорных отношений с участием волонтера³⁷¹. Правовой основой волонтерского движения считается Федеральный закон от 11 августа 1995 г. № 135-ФЗ «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях»³⁷² (далее – ФЗ о благотворительной деятельности), однако до настоящего времени он никаким образом не затрагивал договорные отношения с участием волонтеров. Ситуация изменилась в связи с внесением 5 февраля 2018 г. изменений в ФЗ о благотворительной деятельности³⁷³. Данные изменения вступают в силу с 1 мая 2018 года.

Что касается основных изменений, то их можно выделить несколько:

³⁶⁸ Российская газета. – 2018. – 2 марта.

³⁶⁹ О Дне добровольца: Указ Президента Российской Федерации от 27 ноября 2017 г. № 572 // Собрание Законодательства Российской Федерации. – 2017. – № 49. – Ст. 7442.

³⁷⁰ Собрание законодательства Российской Федерации. – 2018. – № 7. – Ст. 975.

³⁷¹ См., например: Малеина М.Н. Правовая природа, структура связей и содержание договора о волонтерской деятельности // Журнал российского права. – 2017. – № 8. – С. 42–52; она же. Правовые характеристики волонтера, принимающего участие в организации и проведении спортивных мероприятий // Ученые записки Казанского университета. Серия «Гуманитарные науки». – 2017. – № 2. – С. 512–519.

³⁷² Собрание законодательства Российской Федерации. – 1995. – № 33. – Ст. 3340.

³⁷³ См.: О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам добровольчества (волонтерства): Федеральный закон от 5 февраля 2018 г. № 15-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2018. – № 7. – Ст. 975.

1) ФЗ о благотворительной деятельности теперь будет называться по-новому, а именно – Федеральный закон «О благотворительной деятельности и добровольчестве (волонтерстве)»;

2) определено понятие добровольческой (волонтерской) деятельности, под которой понимается добровольная деятельность в форме безвозмездного выполнения работ и (или) оказания услуг в целях, указанных в п. 1 ст. 2 ФЗ о благотворительной деятельности;

3) даны понятия организаторов добровольческой (волонтерской) деятельности, добровольческой (волонтерской) организации и, соответственно, определены субъекты осуществления добровольческой (волонтерской) деятельности;

4) закреплены права и обязанности добровольца (волонтера), условия осуществления их деятельности, в том числе и на основании договора.

В контексте настоящей статьи особенно важно отметить, что законодатель четко определяет договорную основу деятельности волонтера и недвусмысленно характеризует договор с волонтером как гражданско-правовой. На практике гражданский договор с участием волонтера именуют договором на безвозмездную благотворительную деятельность, договором о добровольном сотрудничестве, договором об осуществлении волонтерской деятельности, договором о добровольческом труде, договором о безвозмездном оказании услуг волонтером, договором о безвозмездном выполнении работ волонтером и т.д.³⁷⁴

Согласно ст. 17.1 ФЗ о благотворительной деятельности условия осуществления добровольцем (волонтером) благотворительной деятельности от своего имени могут быть закреплены в гражданско-правовом договоре, который заключается между добровольцем (волонтером) и благополучателем и предметом которого являются безвозмездное выполнение добровольцем (волонтером) работ и (или) оказание им услуг в общественно полезных

³⁷⁴ См., например: Малеина М.Н. Правовая природа, структура связей и содержание договора о волонтерской деятельности // Журнал российского права. – 2017. – № 8. – С. 45.

целях³⁷⁵. Более конкретных норм о правовой природе договорных отношений с участием волонтера в законодательстве нет. В частности, нельзя однозначно ответить, образует договор с волонтером особый, неизвестный прежде вид договоров или может рассматриваться как подвид договорных конструкций, содержащих в ГК РФ? При недостатке специальных правил ФЗ о благотворительной деятельности можно ли восполнять пробел за счет норм, содержащихся в главах об отдельных видах обязательств ГК РФ, или следует довольствоваться общей частью обязательственного права?

Из содержания ФЗ о благотворительной деятельности следует, что волонтерская деятельность является разновидностью благотворительной деятельности:

1) предмет благотворительной деятельности шире, чем предмет волонтерской деятельности, так как последняя включает в себя только выполнение работ и (или) оказания услуг;

2) волонтерская деятельность осуществляется на основании безвозмездности, благотворительная же деятельность совершается в бескорыстной форме, которая может основываться как на условиях безвозмездности, так и на льготных условиях (например, передача права пользования имуществом за символическую арендную плату или предоставление услуги со значительной скидкой и т.п.);

3) волонтерская деятельность и благотворительная деятельность основываются на принципе добровольности;

4) волонтерская деятельность и благотворительная деятельность осуществляются для достижения одних и тех же целей, указанных в п. 1 ст. 2 ФЗ о благотворительной деятельности.

³⁷⁵ В этой же статье ФЗ о благотворительной деятельности говорится еще об одном гражданско-правовом договоре волонтера – о договоре с организатором волонтерской деятельности или волонтерской организацией, предметом которого являются безвозмездное выполнение волонтером работ и (или) оказание им услуг в рамках деятельности указанных организатора, организации для достижения общественно полезных целей. Нельзя исключать, что этот вид договоров, определяющий условия участия волонтера в деятельности организатора волонтерской деятельности, волонтерской организации может иметь существенные отличия от договора, заключаемого волонтером непосредственно с благополучателем. По этой причине в настоящей публикации участие волонтера в деятельности организаций не рассматривается.

Два важных качества волонтерской деятельности необходимо сейчас отметить: волонтерская деятельность осуществляется безвозмездно и в общественно полезных целях. Естественным образом эти два качества вкупе с договорным характером отношений позволяют предположить, что заключаемый волонтером договор относится к виду договоров дарения (волонтер действует безвозмездно), в частности к подвиду договоров пожертвования (волонтер действует в общественно полезных целях). Институт дарения тем более подходит для регулирования волонтерской деятельности, что услуги такого типа нормами ГК РФ специально не урегулированы. Услуги, известные из ГК РФ, имеют слабое отношение к волонтерской деятельности либо вовсе не имеют никакого к ней отношения, либо урегулированы как возмездная деятельность. Трудно представить волонтера, задачей которого было бы хранить чужие вещи. Нельзя, впрочем, совершенно исключать ситуацию, когда деятельность волонтера будет заключаться в оказании представительских услуг и регулироваться нормами главы о поручении (гл. 49 ГК РФ). Все же в большинстве случаев мы не найдем в ГК РФ других специальных норм, применимых к договорным отношениям волонтера, – институт дарения остается в данном случае вне конкуренции.

Есть ли препятствия для применения норм о дарении к волонтерской деятельности? Надо полагать, что основной проблемой в данном случае будет легальное определение предмета договора дарения: одна сторона (даритель) безвозмездно передает или обязуется передать другой стороне (одаряемому) вещь в собственность либо имущественное право (требование) к себе или к третьему лицу, либо освобождает или обязуется освободить ее от имущественной обязанности перед собой или перед третьим лицом (ст. 572 ГК РФ).

Работы и услуги прямо не определены законом в качестве предмета договора дарения. В литературе высказаны разные мнения по этому поводу. Так, например, А.М. Исаев в принципе допускает, что дарение может стать генеральным институтом, нормам которого подчинялись бы самые разные

безвозмездные правоотношения, регулируемые гражданским правом, в том числе по поводу выполнения работ (оказания услуг). Но для этого, считает автор, должны соответствующим образом измениться доктринальное понимание и законодательное регулирование договора дарения. В настоящем времени работы и услуги не могут быть предметом договора дарения³⁷⁶. Ю.В. Романец также склонен рассматривать нормы института дарения как универсальные, работы и услуги из сферы их действия он прямо не исключает, но обращает внимание на возможность «унификации норм института дарения применительно к безвозмездным договорам различной направленности»³⁷⁷. Д.В. Мурзин пишет, что если представить ситуацию, где существует обязательства относительно предоставления услуги, стоимость которой известна сторонам, но исполнитель услуги до ее предоставления (в отличие от прощения долга) обязуется освободить заказчика услуги от оплаты, тогда отношения сторон будут строиться по модели договора дарения³⁷⁸.

В наибольшей степени способствует вовлечению работ и услуг в сферу действия гл. 32 ГК следующая часть нормы ст. 572 ГК РФ: имуществом право (требование) к себе. А.Л. Маковский так комментирует возможность дарителя дарить требование к самому себе: «речь идет не столько о «передаче» уже существующего права, сколько об его установлении»³⁷⁹. Далее автор вполне определенно сводит эту ситуацию к безвозмездному выполнению работ (услуг): «...некоторая сфера для дарения в форме предоставления одаряемому права, обращенного к дарителю, все же остается. Хотя большинство предусмотренных ГК договоров о выполнении работ и оказании услуг носит возмездный характер, этим, как правило, не исключается возможность заключения корреспондирующих безвозмездных договоров с обязанностью дарителя выполнить для одаряемого определенные работы или оказать ему

³⁷⁶ Исаев А.М. До питання про предмет договору дарування [Електронний ресурс]. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/k-voprosu-o-predmete-dogovora-dareniya> (дата обращения: 19.04.2018).

³⁷⁷ Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. – М.: Юристъ, 2001. – С. 322.

³⁷⁸ См.: Мурзин Д.В. Моделирование безвозмездного обязательства по оказанию услуг // Цивилистические записки: межвуз. сб. научн. тр. Вып. 2. – М.: Статут; Екатеринбург: Ин-т частного права, 2002. – С. 376.

³⁷⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. – С. 303.

определенные услуги. Для регулирования отношений по таким договорам наряду с положениями главы 32 могут при необходимости применяться по аналогии и правила ГК о соответствующих возмездных договорах»³⁸⁰.

М.Н. Малеина считает, что каждая группа договоров должна формироваться по характеру действий и их результату, а возмездность или безвозмездность договора является лишь вторичным признаком, действующим на следующем уровне классификации. В связи с этим договор о волонтерской деятельности может быть отнесен либо к договорам на выполнение работ, либо к договорам об оказании услуг или представлять собой договор, который включает в себя элементы договоров на оказание услуг и выполнение работ³⁸¹. Развивая мысль И.Н. Малеиной, можно прийти к выводу о том, что договор с волонтером может считаться договором о выполнении работ (оказании услуг) по первичному признаку, то есть «по характеру действий и их результату», что не мешает ставить вопрос об отнесении договора с волонтером к иному виду договоров по вторичному признаку возмездности (безвозмездности). В таком случае квалификация договора с волонтером как договора о выполнении работ (оказании услуг) не препятствует рассматривать этот же договор как дарение, коль скоро институты дарения и услуг находятся в двух различных плоскостях научной классификации, то есть являются элементами классификации, произведенной по различным основаниям. Вряд ли можно всерьез воспринимать как стройную систему и научно обоснованную классификацию тот набор договорных конструкций, который сосредоточен законодателем во второй части ГК РФ. Потому мы не можем исключить ситуацию, когда договор о выполнении работ (оказании услуг) регулировался бы еще и нормами о дарении, если услуга оказывается безвозмездно и не подвержена никакой иной регламентации специальными нормами ГК РФ.

В гражданско-правовых договорах, заключаемых волонтером, могут предусматриваться разного рода компенсации, размер которых не оговорен

³⁸⁰ Там же.

³⁸¹ Малеина М.Н. Правовая природа, структура связей и содержание договора о волонтерской деятельности // Журнал российского права. – 2017. – № 8. – С. 44.

законом и, соответственно, определяется сторонами: на питание, приобретение форменной и специальной одежды, оборудования, средств индивидуальной защиты, предоставление помещения во временное пользование, оплату проезда до места назначения и обратно, уплату страховых взносов на добровольное медицинское страхование волонтера либо на страхование его жизни или здоровья при осуществлении им волонтерской деятельности. В связи с этим возникает вопрос, будут ли отношения волонтера с благополучателем в полной мере безвозмездными? Можно ли считать такие предоставления в пользу волонтера встречными? А.Р. Пурге и И.Е. Дрозд исходя из материалов судебной практики отмечают, что безвозмездность как главный квалифицирующий признак договора дарения не означает, что одаряемый абсолютно свободен от любых имущественных обязанностей³⁸². А.Л. Маковский пишет об этом так: «В принципе не превращает дарение в возмездный договор *возмещение дарителю расходов*, понесенных им в связи с дарением, если они по условиям договора не входят в ценность предмета дарения. Возмещение стоимости израсходованных материалов тому, кто без какого-либо вознаграждения изготовил из них ювелирное изделие, одежду, построил здание и т.п., не превращает соответствующий договор в обычный договор подряда, предполагающий оплату самой работы (п. 1 ст. 702), подобно тому, как возмездность или безвозмездность договора поручения не зависит от возмещения поверенному понесенных издержек (ср. п. 1 ст. 972 со ст. 975)»³⁸³. Следует согласиться с М.Н. Малеиной, что компенсации, предоставляемые волонтеру, предназначены для покрытия его расходов, а имущество, необходимое для осуществления определённой волонтерской деятельности,

³⁸² Пурге А. Р., Дрозд И. Е. Особенности правоприменительной практики по спорам, возникающим из договора дарения // Молодой ученый. – 2014. – №15. – С. 326–329 [Электронный ресурс]. URL: <https://moluch.ru/archive/74/12579/> (дата обращения: 19.04.2018).

³⁸³ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. – С. 306.

предоставляется во избежание несения волонтерами расходов, – все это следует отличать от противного дарению встречного предоставления³⁸⁴.

В литературе высказано мнение, что в будущем определение пожертвования может быть законодательно расширено за счет возможности безвозмездного выполнения работ и оказания услуг в общепользовательных целях³⁸⁵. В случае внесения подобных изменений будет на законодательном уровне четко решен вопрос о правовой природе правоотношений, возникающих между волонтером и благополучателем. Но, полагаем, и сегодня нет сколько-нибудь существенных препятствий для квалификации данных правоотношений как отношений дарения, в частности пожертвования.

³⁸⁴ Малеина М.Н. Правовые характеристики волонтера, принимающего участие в организации и проведении спортивных мероприятий // Ученые записки Казанского университета. Серия «Гуманитарные науки». – 2017. – № 2. – С. 515.

³⁸⁵ См.: Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй: в 3 т. Т. 1 / Н.А. Барин, К.П. Беляев, Е.В. Вавилин и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. – М.: Статут, 2011. – С. 306–326.