##### Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права.

Сборник научных статей

|  |
| --- |
| НАПИСАНИЕ на ЗАКАЗ:  1. Дипломы, курсовые, рефераты...  2. Диссертации и научные работы  3. Школьные задания  Онлайн-консультации  Любая тематика, в том числе АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО, экономика, техника, менеджмент, биология…  Приглашаем авторов  <http://учебники.информ2000.рф/napisat-diplom.shtml>  УЧЕБНИКИ, ДИПЛОМЫ, ДИССЕРТАЦИИ –  На сайте электронной библиотеки  [www.учебники.информ2000.рф](http://www.учебники.информ2000.рф) |

# Предисловие

Книга, предлагаемая вниманию читателей, представляет собой сборник статей, подготовленных ведущими специалистами в области коммерческого права.

Поводом для подготовки сборника стал 20-летний юбилей кафедры коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

Издание сборников статей, посвященных актуальным проблемам коммерческого права, стало доброй традицией кафедры коммерческого права СПбГУ. Как правило, такие сборники приурочиваются к тем или иным событиям, происходящим в жизни кафедры. Предлагаемый вниманию читателей сборник является пятым по счету за последние 10 лет. Первые выпуски сборников[\*(1)](#sub_991)  издавались небольшими тиражами и распространялись среди сравнительно узкого круга специалистов.

В 2005 г. благодаря сотрудничеству с издательством "Волтерс Клувер" стало возможным существенно расширить аудиторию сборника.

Коммерческое (предпринимательское) право как наука - довольно молодая сфера научных знаний. Именно поэтому в российском правоведении отсутствует единство представлений о природе отношений, регулируемых коммерческим (предпринимательским) правом. В различных университетских центрах нашего государства сложились разные школы, в рамках которых излагаются представления об этом сложном правовом феномене. В некоторых университетах, как, например, в МГУ, таких школ как минимум две.

Несмотря на существенные различия в интерпретации разными школами понятия коммерческого (предпринимательского) права, при составлении сборника его ответственные редакторы исходили из необходимости представить все точки зрения на коммерческое (предпринимательское) право, существующие в отечественном правоведении. Такой подход позволил комплексно взглянуть на процессы, происходящие в этой сфере научного знания. В свою очередь это дает возможность свободно дискутировать и преодолевать те разногласия, которые неминуемо возникают в ходе исследования всякого нового социального явления.

Сборник состоит из четырех разделов, которые предваряет статья об истории кафедры коммерческого права СПбГУ. Авторы статьи, будучи причастными к созданию кафедры в 80-е гг. ХХ столетия, рассказывают о том, как это было, о людях, работавших на кафедре, об успехах и неудачах кафедры.

В [первом разделе](#sub_1000) сборника представлены различные точки зрения на коммерческое (предпринимательское) право. [Второй раздел](#sub_2000) содержит статьи, в которых исследуются различные институты коммерческого (предпринимательского) права. [Третий раздел](#sub_3000) состоит из работ, посвященных вопросам защиты прав и законных интересов предпринимателей. В работах, включенных в последний, [четвертый раздел](#sub_4000), освещаются отдельные вопросы коммерческого права в зарубежных странах.

**Менеджеру, студенту, преподавателю**

**БЕСПЛАТНО по экономике и менеджменту:**

[**Электронная библиотека учебников**](http://учебники.информ2000.рф/)

[**Материалы для самообразования и рефератов**](http://учебники.информ2000.рф/povyshenie-kvalifikacii-rukovoditelei.htm)

[**Готовые дипломы**](http://учебники.информ2000.рф/diplom.htm)

Петербургская школа коммерческого права известна не один десяток лет, развивалась вместе с российским обществом, поэтому в истории ее развития могут быть, так же как и в истории российского общества, четко выделены три периода: досоветский, советский и постсоветский.

1. Истоки петербургской школы коммерческого (торгового) права восходят к трудам ученых-юристов, связавших свою жизнь и творчество с Императорским Санкт-Петербургским университетом, который был учрежден Указом Петра I от 22 января 1724 г. и изначально включал в себя юридический факультет.

До середины ХIХ в. говорить о самостоятельности российской науки торгового права не приходится, она развивалась в рамках общей системы российского патриархального гражданского права. Это естественно, так как Россия того времени была страной по преимуществу земледельческой, торговые операции в стране были слабо развиты.

Самая ранняя попытка чтения курса торгового права на юридическом факультете Санкт-Петербургского университета была принята в 50-х гг. ХIХ в. М.М. Михайловым, заслуженным ординарным профессором Санкт-Петербургского университета[\*(2)](#sub_992). Однако, по признанию современников, эта попытка была неудачной, что объяснялось многими причинами, в частности неготовностью к восприятию соответствующего материала из-за неразвитости торговли в России, ее отставания в этом отношении от европейских стран.

В результате реформ 1861-1864 гг. постепенно меняется ситуация в обществе и, как следствие, в сфере гражданского правоведения вообще и науки торгового права в частности. В 70-х гг. ХIХ в. начинается чтение курсов торгового права в Новороссийском университете (1873 г.), Ярославском Демидовском училище (1873 г.), Санкт-Петербургском университете (1875 г.), Московском университете (1876 г.). В 1883 г. учреждена кафедра торгового права в Санкт-Петербургском училище правоведения, а в 1884 г. университетский устав уже предписывал создание кафедр торгового права на юридических факультетах университетов. Появляются первые учебники и учебные пособия по торговому праву[\*(3)](#sub_993).

Заметным явлением в развитии науки торгового права стала вступительная лекция по торговому праву ординарного профессора Санкт-Петербургского университета К.И. Малышева "Об ученой разработке торгового права в России", прочитанная им в Санкт-Петербургском университете 20 сентября 1876 г.[\*(4)](#sub_994) Эта лекция имеет не только историко-познавательное значение, она интересна и в методологическом аспекте - как одна из первых попыток систематической разработки доктрины торгового права. К.И. Малышев считал, что "только изучение торгового права может дать нам критерии для оценки начал гражданских законов.... с точки зрения потребностей торговли и организации торгового быта"; "своеобразность понятий, связанных с торговыми делами, невозможность подвести их под тесные и скудные определения наших гражданских законов вызвали в наших юристах убеждение в том, что торговое и гражданское право - две противоположные системы, что наука торгового права должна развиваться в антагонизме с правом гражданским"; "увлечься этой идеей легко.... но история нашей страны до сих пор не выработала противоположности между гражданским и торговым правом, и нам нет надобности развивать ее".

Далее К.И. Малышев выражал актуальную и сегодня мысль: "Потребность в установлении особенных норм, которые бы приспособлены были к новому наслоению торгового быта, существует несомненно и сознается каждым юристом-практиком. Можно идти двумя путями к этой цели: 1) можно развить из природы торговых операций особенные для них правила, оставляя в прежнем виде существующие нормы гражданских законов и указывая на неприменимость их к торговым сделкам; этот путь приведет к необходимости образования двух противоположных систем права - гражданского и торгового; 2) можно исследовать особенности торговых операций, проследить их естественную юридическую структуру, изучить потребности быта, с ними связанные, и затем ввести результаты этого исследования в общую систему права, видоизменив согласно с тем начала этой системы, так чтобы она обнимала собой все формы торгового оборота. Мне кажется, мы должны избрать этот последний путь. Единство права слишком дорого для гражданского быта, и наука не должна терять его из виду"[\*(5)](#sub_995).

Лекция К.И. Малышева была своего рода программной не только в аспекте провозглашения принципов учебного курса торгового права, но и с точки зрения последовавших после этого и продолжающихся до сих пор дискуссий о соотношении гражданского и коммерческого (торгового) права. Часть юристов полагала, что Россия должна идти по пути тех государств, которые зафиксировали дуализм гражданского права. Соответственно предлагалось при кодификации издать два кодекса - Гражданский и Торговый. Другая часть правоведов указывала на необходимость сохранения единства гражданского права, отказа от идеи двух кодексов.

Досоветский период петербургской школы коммерческого права связывается также с такими именами, как П.П. Цитович (с 1900 г. - ординарный профессор кафедры торгового права)[\*(6)](#sub_996), А.Х. Гольмстен (с 1889 г. - приват-доцент по кафедре гражданского судопроизводства и торгового права)[\*(7)](#sub_997), С.П. Никонов (1912-1917 гг. - ординарный профессор кафедры торгового права и судопроизводства)[\*(8)](#sub_998), В.А. Удинцев (с 1911 г. ординарный профессор, в 1913-1916 гг. - декан юридического факультета)[\*(9)](#sub_999), А.И. Каминка (1905-1912 гг. - приват-доцент кафедры гражданского и торгового права и судопроизводства)[\*(10)](#sub_9910)  и др.

О советском периоде петербургской школы коммерческого права можно говорить лишь условно, так как ни о каком коммерческом праве в этот период не могло быть и речи. В советский период развития общества частноправовые начала практически полностью были заменены принципами публичного права, и, таким образом, вполне определенно ставился вопрос о самом бытии частного права. Советская экономика и право были полностью огосударствлены. Частная предпринимательская деятельность преследовалась в уголовном порядке. Официальная идеология этого периода, определяющая правовые воззрения, может быть проиллюстрирована известным изречением: "Мы ничего "частного" не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное", к хозяйственным отношениям необходимо применять не свод законов римского права, а наше революционное правосознание[\*(11)](#sub_9911).

Такое отношение к праву имело много негативных последствий. Прежде всего новые идеологические подходы выразились в организационных преобразованиях. В 1918-1919 гг. в Петроградском университете был создан факультет общественных наук, поглотивший существовавший до этого юридический факультет. В 1925 г. правовое отделение Петроградского университета преобразовано в самостоятельный факультет советского права, а в 1930 г. - в Юридический институт. В 1944 г. в Ленинградском университете был восстановлен юридический факультет. В 1954 г. Юридический институт им. М.И. Калинина объединен с юридическим факультетом ЛГУ.

В содержательном отношении наука и преподавание в области правового регулирования хозяйственной деятельности тоже переживали крутые повороты. На вооружение была взята идея хозяйственного права как отрасли советского права, которая должна, как считали сторонники этой концепции, объединить регулирование всех социалистических имущественных отношений, каким-либо образом связанных с государственным вмешательством в экономику[\*(12)](#sub_9912). Справедливости ради можно отметить, что среди представителей петербургской школы права не нашлось ни одного ярого сторонника такого подхода. Здесь преобладали цивилистические подходы к правовому регулированию хозяйственной деятельности.

В числе наиболее ярких цивилистов - представителей петербургской цивилистической школы права можно назвать таких как профессора А.В. Венедиктов, С.И. Аскназий, Б.Б. Черепахин, В.К. Райхер, Я.М. Магазинер, Б.С. Мартынов, Н.В. Рабинович, Н.А. Райгородский. Из более поздней плеяды - профессора О.С. Иоффе, Ю.К. Толстой, В.Ф. Яковлева, В.Т. Смирнов, А.К. Юрченко. Их ученики - профессора А.А. Собчак, В.А. Мусин, Н.Д. Егоров, А.П. Сергеев, В.Ф. Попондопуло и др. В трудах абсолютного большинства названных профессоров советское хозяйственное право подвергалось острой критике, особенно в работах профессора О.С. Иоффе. Советское хозяйственное право рассматривалось с цивилистических позиций как комплексное нормативно-правовое образование, но не как самостоятельная отрасль права. Ряд авторов (профессора В.К. Райхер, Ю.К. Толстой), придерживаясь теории комплексных отраслей права, склонны были и хозяйственное право определять как комплексную отрасль права.

Таким образом, в течение почти всего советского периода петербургская школа коммерческого права развивалась в работах преподавателей кафедры гражданского права, а также ряда других кафедр цивилистического цикла юридического факультета ЛГУ. В этот период были опубликованы фундаментальные труды, имевшие значение для последующего возрождения и развития коммерческого права и сохранившие свое значение до настоящего времени:

Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. 1947;

Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. 1948;

Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. 1949;

Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. 1955;

Яковлева В.Ф. Специализация и кооперирование промышленности. 1974;

Смирнов В.Т., Яковлева В.Ф. Правовые проблемы перевозки и материально-технического снабжения. 1978;

Собчак А.А. Правовые проблемы хозрасчета. 1980;

Мусин В.А. Международные торговые контракты. 1986; многие другие.

В 70-х гг. ХХ в. коллективом кафедры гражданского права, возглавляемой О.С. Иоффе, был подготовлен учебник гражданского права.

В декабре 1985 г. создается кафедра хозяйственного права, которую возглавил профессор А.А. Собчак, работавший до того на кафедре гражданского права ЛГУ. В состав кафедры были переведены также преподаватели кафедры гражданского права - доцент К.К. Лебедев и кандидат юридических наук, ассистент В.Ф. Попондопуло и преподаватели ликвидированной к тому времени кафедры колхозного и земельного права[\*(13)](#sub_9913)  - доценты Н.Т. Осипов и А.С. Шестерюк, кандидат юридических наук, ассистент В.С. Тимескова (Шишкина) и старший преподаватель Л.Л. Гремяко.

Следует отметить, что в ряде ведущих юридических вузов страны к тому времени были созданы и успешно функционировали кафедры хозяйственного права (Киевский госуниверситет, Харьковский и Свердловский юридические институты и др.). Научные проблемы хозяйственного права интенсивно разрабатывались сектором хозяйственного права ИГП АН СССР и другими научными центрами. Однако разные школы по-разному трактовали природу хозяйственного права.

Одни исходили по существу из публично-правовой природы хозяйственного права, признавали его самостоятельной отраслью права, основывающейся на принципиальном единстве и однородности отношений по государственному управлению экономикой и по осуществлению экономической деятельности. Соответственно они предлагали исключить нормы, регулирующие отношения по руководству экономикой, из административного права, а нормы, регулирующие отношения по осуществлению экономической деятельности, из гражданского права и объединить их в Хозяйственном кодексе.

Другие - сторонники цивилистической концепции - исходили из того, что отношения по государственному управлению экономикой и отношения по осуществлению экономической деятельности различны по природе: первые регулируются публичным правом, а вторые - частным. Хозяйственное право, с их точки зрения, нельзя рассматривать в качестве самостоятельной отрасли права. В настоящее время с переходом к рыночной экономике такой подход кажется естественным, хотя остаются и апологеты старых взглядов. В советский период быть рыночником сложнее. Достаточно сказать, что А.А. Собчаку пришлось дважды защищать докторскую диссертацию, идеи которой имели рыночную направленность[\*(14)](#sub_9914).

Кафедра хозяйственного права с момента ее создания исходила из цивилистической концепции правового регулирования хозяйственной деятельности, из того, что "хозяйственное право как комплексная отрасль законодательства и научная дисциплина возникает в результате взаимодействия планово-централизованных и стоимостных начал в социалистической экономике"[\*(15)](#sub_9915). Таким образом был определен основной вектор развития кафедры в будущем. Заслуга в этом, безусловно, принадлежит профессору А.А. Собчаку, который в соответствии с задачами вновь образованной кафедры подобрал коллектив единомышленников, соответствующим образом организовал работу кафедры. Были определены основные научные направления работы кафедры, содержание основного курса и тематика спецкурсов, читаемых преподавателями кафедры.

Таким образом, несмотря на свое название, кафедра хозяйственного права с самого начала была цивилистической кафедрой, которая отвергала точку зрения о хозяйственном праве как самостоятельной отрасли права, критиковала исключительно публично-правовой подход к регулированию экономических отношений. Интересно отметить, что позиция коллектива кафедры не всегда правильно воспринималась представителями разных направлений. Кафедру не признавали представители хозяйственно-правовой концепции, что вполне естественно, так как кафедра была цивилистической. Но иногда и некоторые ревнители "чистой" цивилистики (очевидно, не считая необходимым хотя бы поверхностно ознакомиться с позицией кафедры), исходя из названия кафедры, ошибочно относили ее к апологетам хозяйственно-правовой концепции.

Постсоветский период развития кафедры, естественно, связывается с началом реформ 1991-1992 гг. Появились легальные основания и возможность вести преподавание и проводить научные исследования рыночного права, стало появляться полноценное рыночное законодательство. С 1989 г. исполнение обязанностей заведующего кафедрой было возложено на доцента В.Ф. Попондопуло, а в январе 1992 г. он был избран на эту должность[\*(16)](#sub_9916). К этому времени В.Ф. Попондопуло разработал и читал лекции по коммерческому праву, добившись включения этой дисциплины в учебный план как основного годового курса. Им было предложено переименовать кафедру хозяйственного права в кафедру коммерческого права. В августе 1992 г., в немалой степени благодаря тогдашнему декану юридического факультета, доктору юридических наук, профессору А.И. Королеву, кафедра была переименована в кафедру коммерческого права. Таким образом, наименование кафедры было приведено в соответствие с содержанием ее предмета.

Преобразование кафедры хозяйственного права было обусловлено переходом российского общества в начале 90-х гг. XX в. к рыночной экономике, юридической формой которой преимущественно выступает частное право и, в частности, такая его специальная область, как коммерческое (предпринимательское) право. Тем самым кафедра еще в большей мере дистанцировалась от хозяйственного права как продукта административно-командной экономической системы.

Разумеется, изменения коснулись не только названия кафедры, но и учебно-методической работы, а также научно-исследовательской деятельности кафедры. Предметом исследования и преподавания коммерческого права как науки и учебной дисциплины являются отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность или с участием таких лиц, и их правовое регулирование. Названные отношения являются составной частью предмета гражданско-правового регулирования. Особенности этих отношений определяют особенности их правового реагирования, заключающиеся в некоторых указанных в законодательстве исключениях из общих правил и ряде институтов, имеющих относительно самостоятельный юридический характер. Однако эти особенности не меняют природы коммерческого права как частного, не отменяют действия общих принципов частного права. Особенности предпринимательских отношений в сравнении с отношениями других частных лиц заключаются в том, что публичная власть предъявляет особые, как правило повышенные, требования к предпринимателям и их деятельности, устанавливает в законодательстве необходимые с точки зрения общественных интересов ограничения и запреты в этой сфере[\*(17)](#sub_9917).

Название кафедры, как и всякое наименование, условно. Кафедра исходит из понятия коммерческого права в широком смысле как системы норм, регулирующих отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, а не только норм, регулирующих отношения оптовой и розничной купли-продажи. В то же время коммерческое право не включает нормы, регулирующие отношения по государственному управлению экономикой (публичное право), хотя в процессе преподавания и исследования коммерческого права этот аспект по необходимости затрагивается.

Начиная с момента образования кафедра вела интенсивные научные исследования проблем правового регулирования предпринимательской (хозяйственной) деятельности. За истекшие 20 лет опубликовано более 600 научных и учебно-методических работ общим объемом более 700 печатных листов. Среди опубликованных работ имеются монографии, учебники, учебные пособия, статьи в российских и зарубежных журналах. В частности, необходимо назвать следующие коллективные работы кафедры:

- Кооперативное право. Учеб. пособие. СПб., 1992;

- Коммерческое право. Учебник: В 2 ч. 3-е изд. М., 2002 (1-е изд. - 1993, 2-е изд. - 1997);

- Международное коммерческое право. Учеб. пособие. М., 2004;

- Комментарий к Федеральному закону "О несостоятельности (банкротстве)". 2-е изд. М., 2004 (1-е изд. - 2003);

- Коммерческое право зарубежных стран. Учеб. пособие. СПб., 2005;

- Международное торговое право. Учеб. пособие. М., 2005.

Научные взгляды членов кафедры находили воплощение также в их выступлениях на научно-практических конференциях, симпозиумах, семинарах (более 200, в том числе более 70 - международных).

На кафедре активно развивается докторантура и аспирантура. Проведены защиты трех докторских диссертаций. В 1994 г. состоялась защита докторской диссертации В.Ф. Попондопуло на тему "Проблемы правового режима предпринимательства". В 2000 г. прошла защита докторской диссертации докторантом кафедры О.А. Городовым на тему "Интеллектуальная собственность: правовые аспекты коммерческого использования". В 2005 г. защитил докторскую диссертацию В.Г. Баукин на тему "Правовое регулирование деятельности железнодорожного транспорта". За период существования кафедры защищены 33 кандидатские диссертации:

- Мисник Г.А. Ответственность за нарушение природоресурсного законодательства. 1992. - н.р. доц. В.С. Тимескова (Шишкина);

- Ли Шу Жун (аспирантка из КНР). Правовое регулирование материально-технического снабжения в КНР и России. 1993. - н.р. проф. В.Ф. Яковлева;

- Нефедов Д.Ф. (преподаватель кафедры). Правовой статус коммерческого банка. 1994. - н.р. доц. В.Ф. Попондопуло;

- Дробышев П.Ю. Вексель в коммерческом обороте. 1996. - н.р., доц. В.С. Шишкина;

- Беневоленская З.Э. Правовое регулирование доверительного управления имуществом в сфере предпринимательства. 1997. - н.р. проф. В.Ф. Попондопуло;

- Чаплыгина С.М. Правовое положение индивидуального предпринимателя. 1997. - н.р. доц. В.С. Шишкина;

- Бушев А.Ю. (преподаватель кафедры). Акции по законодательству Российской Федерации. 1997. - н.р. проф. В.Ф. Яковлева;

- Кураев В.Н. Правовое положение хозяйственных товариществ. 1997. - н.р. проф. В.Ф. Попондопуло;

- Попов А.В. Теоретические проблемы правового положения банков и обязательств, возникающих из договоров банковского счета и банковского вклада. 1998. - н.р. доц. В.С. Шишкина;

- Бычкова Е.Н. Договорная ответственность исполнительных органов акционерного общества. 2000. - н.р. проф. В.Ф. Попондопуло;

- Скворцов О.Ю. (преподаватель кафедры). Институт кассации в арбитражном процессе. 2000. - н.р. доц. К.К. Лебедев;

- Поляков Ю.А. Восстановление прав в арбитражном суде. 2000. - н.р. доц. К.К. Лебедев;

Щуковская О.М. Правовое регулирование деятельности по оказанию правовых услуг. 2001. - н.р. проф. В.Ф. Попондопуло;

- Гурьев Е.А. Правовые вопросы вексельного кредитования. 2001. - н.р. проф. В.Ф. Попондопуло;

- Крутицкий Н.А. Вексельное обязательство: понятие, возникновение, содержание. 2002. - н.р. проф. В.Ф. Яковлева;

- Трусов А.А. Правовой режим закладной. 2002. - н.р. проф. В.Ф. Попондопуло;

- Рипинский С.Ю. Имущественная ответственность государства за вред, причиняемый предпринимателям незаконными действиями (бездействием) органов исполнительной власти. 2002. - н.р. доц. К.К. Лебедев;

- Трусова О.А. Залог акций. 2002. - н.р. проф. В.Ф. Попондопуло;

- Петров Д.В. Право хозяйственного ведения и право оперативного управления в системе вещных прав. 2002. - н.р. проф. В.Ф. Яковлева;

- Богдановская Г.Н. Ответственность за неправомерное пользование чужими денежными средствами. 2003. - н.р. проф. В.Ф. Яковлева;

- Свиридов К.С. Правовое регулирование туристской деятельности. 2003. - н.р. проф. В.Ф. Попондопуло;

- Волошина М.В. Банковская гарантия. 2003. - н.р. проф. В.Ф. Попондопуло;

- Коновалов А.И. Неустойка в коммерческом обороте. 2003. - н.р. проф. В.Ф. Попондопуло;

- Кравченко Т.В. Правовое регулирование участия субъектов РФ в коммерческом обороте. 2004. - н.р., проф. В.Ф. Яковлева;

- Турсунова Ю.С. Торги как способ заключения договора. 2004. - н.р. доц. К.К. Лебедев;

- Сыса А.А. Участие субъектов РФ в приватизации государственного и муниципального имущества. 2004. - н.р. доц. О.А. Городов;

- Емелькина Н.А. Защита учредителей (участников) должника в деле о банкротстве. 2004. - н.р. проф. В.Ф. Попондопуло;

- Алимова Е.В. Правовое регулирование несостоятельности стратегических организаций. 2004. - н.р. проф. В.Ф. Попондопуло;

- Смирнов Р.Г. Природа правоотношения несостоятельности. 2004. - н.р. проф. В.Ф. Попондопуло;

- Бурмистрова Е.А. Сделки с недвижимым имущество нежилого назначения и их государственная регистрация. 2005. - н.р. проф. В.Ф. Попондопуло;

- Слоневская А.Ю. Ликвидация коммерческих организаций. 2005. - н.р. проф. В.Ф. Яковлева;

- Кондратовская С.Н. Правовые проблемы пресечения недобросовестной конкуренции на товарных рынках. 2005. - н.р. доц. О.А. Городов;

- Войтов Р.И. Правовой статус предпринимателя по законодательству Республики Беларусь и Российской Федерации. 2005. - н.р. доц. К.К. Лебедев.

Члены кафедры регулярно выступают официальными оппонентами по докторским и кандидатским диссертациям (более 60 диссертаций) и дают отзывы на них (более 50 диссертаций). Несколько раз кафедра выступала в качестве ведущей научной организации по защите докторских и кандидатских диссертаций.

С 1998 г. кафедра коммерческого права одной из первых в составе юридического факультета СПбГУ перешла на подготовку юристов по дифференцированным программам бакалавриата и магистратуры. Подготовлены соответствующие учебные планы и программы. Ежегодно по кафедре коммерческого права защищаются до 20 магистерских диссертаций и около 100 выпускных квалификационных работ бакалавров права.

С 1992 г. вместо курса хозяйственного права введен полноценный годовой курс коммерческого права (основные лекторы - проф. В.Ф. Попондопуло, доценты О.А. Городов, К.К. Лебедев, Н.С. Ковалевская, О.А. Макарова), который в настоящее время читается для подготовки бакалавров (срок освоения программы - четыре года). До 2005 г. для подготовки специалистов (срок освоения программы - пять лет) каждый преподаватель кафедры читал специальный авторский курс, соответствующий его научным интересам. С переходом на систему "бакалавр - магистр" подготовка специалистов на юридическом факультете СПбГУ прекращена.

Программа магистерской подготовки по коммерческому праву (срок освоения программы - два года) включает следующие учебные дисциплины, которые одновременно составляют основные научные направления деятельности кафедры:

- проблемы коммерческого права (лектор - проф. В.Ф. Попондопуло);

- проблемы корпоративного права (лектор - доц. О.А. Макарова);

- проблемы правового регулирования несостоятельности (банкротства) (лектор - проф. В.Ф. Попондопуло);

- проблемы применения конкурентного права (лектор - судья ФАС СЗО Д.В. Хохлов);

- сделки с недвижимостью в коммерческом обороте (лектор - доц. О.Ю. Скворцов);

- проблемы патентного права (лектор - доц. О.А. Городов);

- проблемы банковского права (лектор - доц. Д.В. Нефедов);

- проблемы страхового права (лектор - доц. Н.С. Ковалевская);

- проблемы правового регулирования рынка ценных бумаг (лектор - доц. А.Ю. Бушев);

- проблемы коммерческого права зарубежных стран (лектор - доц. О.А. Макарова)

- правовое обслуживание и защита интересов предпринимателей (лектор - доц. К.К. Лебедев).

За прошедшие годы произошли существенные изменения в кадровом составе кафедры. В настоящее время в штате кафедры состоит 10 преподавателей, из них трое - доктора юридических наук, профессора, семеро - кандидаты юридических наук, доценты. Основные направления учебной, научной и общественной деятельности каждого из них таковы.

Профессор В.Ф. Попондопуло, 1952 г. рождения, окончил юридический факультет Дальневосточного государственного университета в 1977 г. В 1981 г. защитил кандидатскую диссертацию на тему "Динамика обязательственного правоотношения и гражданско-правовая ответственность" (н.р. проф. О.С. Иоффе и проф. В.Т. Смирнов). В 1994 г. защитил докторскую диссертацию на тему "Проблемы правового режима предпринимательства". На кафедре коммерческого права работает с момента ее образования, а в 1992 г. занял должность заведующего кафедрой. Опубликовано более 200 научных и учебно-методических работ, главным образом по проблемам обязательственного права, правового регулирования предпринимательства, конкурсного права. Основными являются: Динамика обязательственного правоотношения и гражданско-правовая ответственность (монография). Владивосток, 1985; Правовой режим предпринимательства (монография). СПб., 1994; Правовое регулирование биржевой деятельности. Учеб. пособие. СПб., 1998; Конкурсное право. Учеб. пособие. СПб., 2001; Коммерческое (предпринимательское) право. Учебник. 2-е изд. М., 2005 (1-е изд. - 2002). С его авторским участием и под его редакцией изданы: Коммерческое право. Учебник: В 2 ч. 3-е изд. М., 2002 (1-е изд. - 1993; 2-е изд. - 1997); Коммерческое право зарубежных стран. Учеб. пособие. СПб., 2005; Международное коммерческое право. Учеб. пособие. М., 2004; Комментарии к Федеральному закону "О несостоятельности (банкротстве)". М., 2003; Производство по делам о банкротстве в арбитражном суде (монография). СПб., 2004; Международное торговое право. Учеб. пособие. М., 2005. Осуществляет научное руководство докторантами, аспирантами и соискателями. Под научным руководством В.Ф. Попондопуло в СПбГУ осуществлены защиты 15 кандидатских и двух докторских диссертаций, в Санкт-Петербургском университете МВД России - 23 кандидатских диссертации. Читает лекции по коммерческому праву (основной курс) и спецкурс по правовому регулированию несостоятельности (банкротства). Член Высшей квалификационной коллегии судей РФ. Имеет государственные награды. Почетный работник высшего профессионального образования РФ. Лауреат премии "За успехи в юридической науке".

Профессор В.Ф. Яковлева, участник Великой Отечественной войны, окончила Юридический институт им. М.И. Калинина. В 1952 г. защитила кандидатскую диссертацию на тему "Исполнение обязательств между социалистическими организациями" (н.р. проф. С.И. Аскназий). В 1972 г. защитила докторскую диссертацию на тему "Правовые проблемы специализации и кооперирования промышленности в СССР". На кафедре коммерческого права работает с 1988 г. Известный специалист в области правового регулирования оптовой и розничной торговли, приватизации государственного и муниципального имущества и ряда других институтов гражданского и коммерческого права. Ее перу принадлежит более 120 научных и учебно-методических работ, в том числе: Правовое регулирование специализации и кооперирования промышленности СССР (монография). М., 1974; Правовые проблемы перевозки и материально-технического снабжения (монография). Л., 1978 (в соавторстве). С ее авторским участием и под ее редакцией издано: Коммерческое право. Учебник: В 2 ч. 3-е изд. М., 2002 (1-е изд. - 1993; 2-е изд. - 1997). Она является также автором ряда глав учебника по гражданскому праву, подготовленного кафедрой гражданского права ЛГУ. Осуществляет научное руководство аспирантами и соискателями. Под научным руководством В.Ф. Яковлевой осуществлены защиты 19 кандидатских диссертаций. Она имеет государственные награды и является почетным работником высшего профессионального образования РФ.

Доцент К.К. Лебедев, 1941 г. рождения, окончил юридический факультет в 1967 г. В 1972 г. защитил кандидатскую диссертацию на тему "Инициатива субъектов и регламентация их поведения по советскому гражданскому праву" (н.р. проф. О.С. Иоффе). Работает на кафедре со дня ее основания. В круг научных интересов доцента К.К. Лебедева входят проблемы банковского права, правового регулирования предпринимательской деятельности, защиты прав предпринимателя и др. Им опубликовано более 170 научных и учебно-методических работ, в том числе: Практикум по коммерческому праву. 3-е изд. СПб., 2004 (1-е изд. - 1995, 2-е изд. - 1999); Четыре инстанции. СПб., 1999; Правовое обслуживание бизнеса. Учеб. пособие. М., 2000; Хрестоматия по коммерческому праву. СПб., 2001; Предпринимательское и коммерческое право. СПб., 2003; главы в учебниках и учебных пособиях, подготовленных коллективом кафедры; главы в учебнике по гражданскому праву. Он осуществляет научное руководство аспирантами и соискателями. Под научным руководством К.К. Лебедева осуществлены защиты пяти кандидатских диссертаций. Читает лекции по коммерческому праву (основной курс) и спецкурс по правовому обслуживанию и защите интересов предпринимателей.

Доцент О.А. Городов, 1951 г. рождения, в 1990 г. окончил Всероссийский институт промышленной собственности и инноватики и там же в 1994 г. защитил кандидатскую диссертацию на тему "Отсроченная система экспертизы заявок на изобретения в современном патентном праве" (н.р. проф. В.П. Шатров и проф. Н.Б. Ловягин). Работает на кафедре коммерческого права с 2000 г., после защиты докторской диссертации на тему "Интеллектуальная собственность: правовые аспекты коммерческого использования" (н.к. проф. В.Ф. Попондопуло). Им опубликовано более 70 научных и учебно-методических работ, главным образом по проблемам права интеллектуальной собственности, информационному праву и жилищному праву, в частности: Интеллектуальная собственность: правовые аспекты коммерческого использования (монография). СПб., 1999; Основы информационного права России. Учеб. пособие. СПб., 2003; Жилищное право. Учеб. пособие. М., 2001; Патентное право. Учеб. пособие. М., 2005; главы в учебниках и учебных пособиях, подготовленных коллективом кафедры. С его авторским участием и под его редакцией издан Комментарий к Жилищному кодексу РФ (М., 2005). Осуществляет научное руководство аспирантами и соискателями. Под научным руководством О.А. Городова осуществлена защита двух кандидатских диссертаций. Читает лекции по коммерческому праву (основной курс) и патентному праву (спецкурс).

Доцент О.А. Макарова в 1983 г. окончила юридический факультет ЛГУ, на кафедре работает с 1986 г., после защиты кандидатской диссертации на тему "Правовое регулирование сельского хозяйства и система советского права" (н.р. проф. А.И. Королев). Ею опубликовано более 50 научных и учебно-методических работ, в частности: Правовое положение предпринимателей. Учеб. пособие. СПб., 2000; Юридический справочник предпринимателя. СПб., 2003; Коммерческое право зарубежных стран. Учеб. пособие. СПб., 2003 (в соавторстве); главы в учебниках и учебных пособиях кафедры. Осуществляет научное руководство аспирантами. Читает курсы по коммерческому праву (основной курс) и спецкурсы по корпоративному праву и коммерческому праву зарубежных стран. Осуществляет научное руководство аспирантами и соискателями.

Доцент Д.В. Нефедов, 1964 г. рождения, закончил юридический факультет ЛГУ в 1986 г. На кафедре коммерческого права работает с 1988 г. В 1994 г. защитил кандидатскую диссертацию на тему "Правовой статус коммерческого банка" (н.р. проф. В.Ф. Попондопуло). Им опубликовано более 20 научных и учебно-методических работ, в основном главы в учебниках и учебных пособиях кафедры и научные статьи. Читает спецкурс по банковскому праву.

Доцент Н.С. Ковалевская в 1974 г. окончила юридический факультет ЛГУ. На кафедре коммерческого права работает с 1992 г. В 1988 г. защитила кандидатскую диссертацию на тему "Договоры в пользу третьих лиц - граждан" (н.р. проф. В.Ф. Яковлева). Целенаправленно занимается проблемами страхового права. Ею опубликовано более 40 научных и учебно-методических работ, в основном главы в учебниках и учебных пособиях кафедры и научные статьи. Читает спецкурс по страховому праву.

Доцент А.Ю. Бушев, 1966 г. рождения, окончил юридический факультет ЛГУ в 1988 г. С 1996 г. работает на кафедре коммерческого права. В 1997 г. защитил кандидатскую диссертацию на тему "Акции по законодательству Российской Федерации" (н.р. проф. В.Ф. Яковлева). Им опубликовано более 50 научных и учебно-методических работ, главным образом по правовым проблемам ценных бумаг, в том числе: Акционерное право (монография). М., 1999 (в соавторстве); Защита прав предпринимателей при рассмотрении в суде дел о несостоятельности (банкротстве) (монография). М., 2002 (в соавторстве); главы в учебниках и учебных пособиях кафедры. Читает спецкурс по правовому регулированию рынка ценных бумаг.

Доцент Н.А. Джобава, 1958 г. рождения, в 1981 г. окончил юридический факультет ЛГУ. Работает на кафедре коммерческого права с 1988 г. В 1985 г. защитил кандидатскую диссертацию на тему "Кабинет министров Великобритании в период 1918-1939 гг." (н.р. проф. К.Е. Ливанцев). Им опубликовано более 20 научных и учебно-методических работ по правовым проблемам малого предпринимательства, правовому регулированию транспортной деятельности, в частности: Государственное регулирование малого предпринимательства. Учеб. пособие. СПб., 2004; главы в учебниках и учебных пособиях кафедры.

Доцент О.Ю. Скворцов, 1962 г. рождения, окончил юридический факультет ЛГУ. Работает на кафедре с 2001 г. после защиты кандидатской диссертации на тему "Институт кассации в российском арбитражном процессуальном праве (проблемы судоустройства и судопроизводства" (н.р. доц. К.К. Лебедев). Им опубликовано более 90 научных и учебно-методических работ, в том числе: Регистрация сделок с недвижимостью: правовое регулирование и судебная практика (монография). М., 1998; Приватизационное право: Учеб. пособие. М., 1999; Защита прав предпринимателей при рассмотрении в суде дел о несостоятельности (монография). М., 2002 (в соавторстве); Комментарий к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации". М., 2003; главы в учебниках и учебных пособиях кафедры. Читает спецкурс по сделкам с недвижимостью в коммерческом обороте.

Необходимо вспомнить также тех преподавателей, которые ранее работали на кафедре. Доцент Н.Т. Осипов и старший преподаватель Л.Л. Гремяко, занимавшиеся сельскохозяйственным правом, вышли на пенсию. В.С. Шишкина (Тимескова), безвременно ушедшая от нас, долгое время занималась проблемами аграрного права, вопросами ответственности в строительстве. Благодаря ей на кафедре разработан и внедрен в учебный процесс курс коммерческого права зарубежных стран. Ею опубликовано более 50 научных работ, подготовлено четыре кандидата юридических наук. Доцент А.С. Шестерюк был переведен на кафедру правовой охраны природы, а затем переехал на постоянное место жительства в Москву, защитил докторскую диссертацию. Старший преподаватель М.А. Ковалевский, работавший на кафедре в течение нескольких лет и занимавшийся проблемами правового режима имущества коммерческих организаций и правовыми проблемами медицинского страхования, также переехал на постоянное место жительства в Москву и возглавил правовой департамент Минздравсоцразвития России.

Кафедра активно сотрудничает с органами законодательной, исполнительной и судебной власти Санкт-Петербурга, Ленинградской области, Российской Федерации, в особенности с арбитражными и третейскими судами, юридическими и коммерческими фирмами, другими организациями. Преподаватели являются членами научно-консультативных советов ряда государственных органов, арбитрами многих третейских судов, членами рабочих или экспертных групп по разработке проектов законодательных актов, членами редколлегий юридических журналов и других изданий. Преподаватели кафедры активно участвуют в деятельности Экспертно-правового центра, созданного на юридическом факультете и оказывающего правовые услуги коммерческим организациям, государственным органам и гражданам, а также в программах переподготовки кадров, реализуемых на юридическом факультете.

Кафедра имеет партнерские отношения со многими российскими и зарубежными юридическими вузами, регулярно участвует в международных научных проектах, получает научные и образовательные гранты. Партнерские отношения кафедры проявляются во взаимных научных стажировках преподавателей, чтении лекций в других вузах, участии в научных конференциях и семинарах, выступлениях в качестве официальных оппонентов, рецензировании научных работ.

В частности, преподаватели кафедры сотрудничают с кафедрами предпринимательского и коммерческого права МГУ, кафедрой хозяйственного права Уральской государственной юридической академии, Санкт-Петербургским университетом экономики и финансов; Санкт-Петербургским университетом МВД России и многими другими. Преподаватели кафедры выезжали для чтения лекций и участия в научных конференциях за рубеж, в университеты Австрии, Англии, Бельгии, Германии, Голландии, Испании, Италии, Китая, Кубы, Литвы, США, Финляндии, Франции, Швеции, Эстонии, Японии. Осуществляется подготовка бакалавров, магистров и кандидатов наук для других стран (Германия, КНР, Словакия и др.).

Динамика развития кафедры дает основания говорить о ее реальных возможностях по дальнейшему совершенствованию учебной и научной работы. Количественный и качественный состав кафедры оптимален. Однако это не исключает, в целях преемственности поколений (средний возраст членов кафедры - 50 лет), принятия в ближайшей перспективе на кафедру 1-2 молодых людей из числа окончивших аспирантуру и защитивших кандидатскую диссертацию. В ближайшей перспективе планируются также защиты членами кафедры 1-2 докторских диссертаций.

Среди научных направлений особенно перспективными являются исследования проблем корпоративного права, банковского права, страхового права, проблем правового режима ценных бумаг, проблем правового регулирования несостоятельности. Именно на этих направлениях сосредоточено внимание кафедры, и прежде всего ее молодых представителей, аспирантов и соискателей.

Одним из основных направлений деятельности кафедры является учебная работа. В переходную эпоху, какую переживает Россия, нормативно-юридическое мышление, основанное только на знании правовых актов и догмы права, недостаточно и нецелесообразно, так как современное законодательство изменчиво, противоречиво и дефектно. В настоящее время юридическое образование должно быть сориентировано и на подготовку юриста широкого профиля (степень бакалавра), и на подготовку целевого специалиста (степень магистра). У будущих юристов необходимо формировать такое юридическое мышление, которое основывалось бы на знании как смежных наук (истории, экономики, политологии, психологии и др.), так и закономерностей развития юридической формы. Студенту-юристу очень важно привить знания об общих началах правового регулирования в гражданском обществе и рыночной экономике. При нацеленности в преподавании на эти общие начала решается двуединая задача: усваиваются данные и об узловых моментах содержания позитивного права, и о тех важных социально-экономических, политических, юридических началах, на которых они построены.

Осуществляя подготовку юриста широкого профиля (бакалавра), не следует забывать, что от него на практике ожидают солидных специальных знаний. Поэтому кафедра должна уделять значительное внимание практическим занятиям, особенно в их активных формах (деловые игры, подготовка проектов юридических документов и др.). При подготовке магистров первостепенное значение должно придаваться специальным курсам (семинарам) по актуальным теоретическим и практическим проблемам коммерческого права, на которых студенты выступают с научными докладами, обобщениями юридической практики, активно участвуют в обсуждении поставленных вопросов. В данном случае подготовка должна быть ориентирована на запросы будущей деятельности выпускника.

Новые условия заставляют пересматривать сложившиеся подходы к формированию учебных планов и технологии обучения. Если в прежние времена в юридическом образовании исходили из некой суммы знаний, которой необходимо овладеть абстрактному специалисту, из структуры юридической науки как таковой, то теперь выпускника юридического факультета необходимо вооружить широкими общими знаниями о закономерностях развития общества и его правовой сферы и теми знаниями, которые понадобятся выпускнику в его будущей работе.

Как известно, перспективы развития высшего юридического образования в России связаны с ее активным включением в Болонский процесс. Кафедра разделяет идеи Болонской декларации 1999 г. и предпринимает необходимые усилия по реализации поставленных в ней задач по устранению расхождений в структурах европейских программ и степеней, что должно привести к повышению эффективности европейского юридического образования, включая Россию, и международного сотрудничества в этой сфере[\*(18)](#sub_9918).

# Раздел I. Общие проблемы коммерческого права

# Природа коммерческого (предпринимательского) права (Попондопуло В.Ф.)

# Общая характеристика курса коммерческого (предпринимательского) права

В последние годы издано несколько учебников и учебных пособий, имеющих разные названия[\*(19)](#sub_9919), но посвященных одному и тому же - правовому регулированию предпринимательской деятельности. По существу, в России сформировалось несколько школ коммерческого (предпринимательского) права[\*(20)](#sub_9920): московская[\*(21)](#sub_9921), петербургская (кафедра коммерческого права СПбГУ), уральская (кафедра хозяйственного права УРГЮА) и некоторые другие. Содержание курсов коммерческого права и принципы их построения, судя по учебникам и учебным пособиям, порой весьма существенно различаются. Объясняется это не только методикой преподавания, но и различными концептуальными подходами к пониманию коммерческого права.

Вполне естественно желание представителей той или иной правовой школы распространить свои представления об исследуемом предмете, довести их до наиболее широкого круга возможных реципиентов, обратить последних в свою веру. Очевидно, одной из таких попыток является заметная статья профессора кафедры предпринимательского права МГУ А.Г. Быкова[\*(22)](#sub_9922), в которой он рецензирует существующие учебники и учебные пособия по коммерческому праву и делится с читателем своими представлениями о должном содержании курса предпринимательского права и принципах его построения.

Сразу отмечу, что ряд положений статьи, а главное, корректность полемики по спорным вопросам мне импонируют. А.Г. Быков пишет, что он исходил "в первую очередь из потребности формирования оптимального содержания предпринимательского права как учебной дисциплины, возможно, ее определенного реформирования в целях повышения эффективности преподавания. Поэтому высказанные в статье доводы и суждения касаются именно учебной дисциплины; все остальное: наука, отрасль права или законодательства - лишь попутно"[\*(23)](#sub_9923). Хотелось бы и мне придерживаться того же подхода, но, как показывает содержание статьи А.Г. Быкова, говорить о содержании учебного курса и принципах его построения без занятия определенной позиции по вопросам природы коммерческого права практически невозможно.

Содержание статьи А.Г. Быкова по существу сводится к критике легального определения предпринимательской деятельности, закрепленного в ст. 2 ГК РФ, и выводам о том, что включение в ГК РФ определения предпринимательской деятельности концептуально ошибочно; оно должно быть выведено за рамки ГК и помещено в Предпринимательский (Хозяйственный, или Торговый) кодекс. При этом регулироваться должны не отношения в сфере предпринимательства (предпринимательские отношения), а предпринимательская деятельность как таковая. Стержневым понятием курса предпринимательского права должно стать понятие "механизм правового регулирования предпринимательской деятельности". Соответственно этапам этого механизма должны быть выделены блоки курса предпринимательского права и таким образом обеспечено отделение предпринимательского права от гражданского, "сугубо предпринимательский аспект" подачи материалов предпринимательского права и преодоление "общетеоретического" и "цивилистического" уклонов.

По существу, в данном подходе нет ничего нового по сравнению с известной еще с советских времен концепцией хозяйственного права. В то же время оставлять незамеченными новые попытки реанимации этой концепции тоже нельзя. А главное то, что автор статьи дает методические рекомендации о том, как должен быть построен курс коммерческого права, и ориентирует других на применение такого подхода. Поскольку с этим подходом нельзя согласиться, попробую еще раз обосновать свои взгляды на природу коммерческого права и принципы построения соответствующего курса, попутно оценивая аргументы А.Г. Быкова.

Разумеется, если допустить, что коммерческое право - это самостоятельная отрасль права (как полагают представители хозяйственно-правовой теории), то и подача материала в соответствующем курсе должна быть "сугубо предпринимательской", отделенной от материала гражданского права. Но дело как раз в том, что коммерческое право является подотраслью гражданского права и не может быть отделено от последнего; предпринимательские отношения, являясь предметом гражданско-правового регулирования, регулируются не только специальными, но и субсидиарно применяемыми общими нормами гражданского права. Следовательно, структура курса коммерческого права не может не быть сходной со структурой курса гражданского права. Однако изложим свои взгляды последовательно[\*(24)](#sub_9924), отметив предварительно следующее:

- система изложения материала учебного курса, определяемая концептуальным подходом к пониманию коммерческого права как подотрасли частного права, должна следовать системе курса гражданского права. Однако упор должен делаться на освещении особенностей гражданско-правового регулирования отношений, складывающихся между предпринимателями или с их участием (предпринимательских отношений). Поскольку помимо отношений, складывающихся в процессе осуществления предпринимательской деятельности, эта деятельность опосредуется отношениями по ее организации (публичными отношениями), которые возникают между предпринимателями и публичными органами (органами государственной власти), в курсе коммерческого права должны освещаться по мере необходимости также особенности публично-правового регулирования предпринимательских отношений. Система курса коммерческого права определяется задачей изучения предпринимательского законодательства, которое комплексно (с учетом взаимосвязи норм частного и публичного права) регулирует предпринимательскую деятельность (отношения, опосредующие ее), практики применения этого законодательства и теоретических взглядов по основным проблемам коммерческого права;

- программа курса коммерческого права должна включать в себя весь материал, который в действующем Государственном образовательном стандарте высшего профессионального образования для специальных учебных дисциплин разделен между дисциплинами "Предпринимательское право" и "Коммерческое право". Исходя из многолетнего опыта преподавания курса коммерческого права на юридическом и экономическом факультетах СПбГУ, считаю целесообразным объединение указанных дисциплин в учебной дисциплине, поскольку они имеют общий предмет - правовое регулирование коммерческих (предпринимательских) отношений. Название курса - "Коммерческое право", "Предпринимательское право" или "Торговое право" условно;

- курс коммерческого права должен включать в себя не только учебный материал по российскому коммерческому праву, но и материал по иностранному и международному коммерческому праву. Учет мировых тенденций в правовом регулировании коммерческих отношений является насущной потребностью для России, где в последние годы отмечается явный рост интереса к изучению торгового права развитых зарубежных стран, имеющих многовековой опыт регулирования рыночных отношений, и международного коммерческого права. Коммерческое право зарубежных стран и международное коммерческое право являются составными частями целого (коммерческого права) при всех их особенностях: одно из них предназначено для обслуживания торгового оборота соответствующей страны, а другое - международного торгового обмена.

# Отношения, регулируемые коммерческим правом

Основной вопрос, подлежащий оценке: что же выступает предметом правового регулирования: предпринимательская деятельность, как утверждает А.Г. Быков, или отношения, опосредующие эту деятельность?

Давно известно, что одна из проблем, с которой цивилистическая доктрина капитализма столкнулась еще на заре своего развития, была порождена двоякого рода дуализмом: делением права на публичное и частное и делением последнего на право гражданское и торговое. При этом "торговое право не простирается дальше торговых отношений, которые, однако, если специально не предусмотрено иное, подчинены также нормам гражданского права"[\*(25)](#sub_9925).

Советский период развития российского общества в расчет брать не следует, так как с экономической точки зрения он характеризовался безраздельным господством государственной собственности и жестким централизованным планированием. Говорить о коммерческом праве этого периода бессмысленно, ему не было места в советской действительности. Более того, предпринимательская деятельность преследовалась по уголовному закону.

Воссоздание российского коммерческого права стало возможным благодаря реформам, начавшимся в 1985 г., когда был провозглашен курс на перестройку системы государственного управления и демократизацию общественной жизни. Реформы привели к коренным изменениям структуры экономики и содержания экономических отношений. Современное российское коммерческое законодательство берет свое начало с Декларации о государственном суверенитете РФ, принятой 12 июня 1990 г. на Первом съезде народных депутатов РФ. Декларация провозгласила верховенство законов РФ на всей территории России и явилась основой для разработки новой Конституции РФ и российского законодательства. За прошедший с того времени период приняты сотни нормативных правовых актов, в том числе федеральных законов, регламентирующих особенности предпринимательской деятельности, а главное - Конституция РФ и Гражданский кодекс РФ.

С принятием ГК РФ окончательно утвердился принцип единства правового регулирования имущественных и связанных с ними личных неимущественных отношений, основанных на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников, будь то физические или юридические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность (предприниматели)[\*(26)](#sub_9926) либо не осуществляющие таковую.

В п. 1 ст. 2 ГК прямо установлено, что гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, исходя из того, что предпринимательской является 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 порядке.

Предпринимательская деятельность опосредуется отношениями двоякого рода:

1) предпринимательскими отношениями, возникающими между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность или с их участием, и выступающими предметом гражданско-правового регулирования (п. 1 ст. 2 ГК РФ);

2) публичными отношениями, возникающими в связи с организацией предпринимательской деятельности и являющимися предметом публично-правового регулирования (например, отношения по налогообложению предпринимателей).

Таким образом, предпринимательские отношения - это имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, складывающиеся между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность (между предпринимателями), или с их участием (например, между предпринимателями и потребителями)[\*(27)](#sub_9927), основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников. Отношения с участием предпринимателей, регулируемые гражданским правом, подчинены особому общедозволительному началу регулирования (можно все, кроме запрещенного законом).

Публичные отношения между предпринимателями и органами государственной власти, основанные на власти и подчинении, хотя бы и имеющие имущественное содержание (например, отношения между предпринимателями и налоговыми органами), не относятся к предпринимательским и не включены в предмет гражданского права, они являются предметом публично-правового регулирования. В соответствии с ГК РФ к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством (п. 3 ст. 2 ГК РФ). Такие отношения подчиняются разрешительному началу регулирования (можно только то, что прямо предписано законом).

Выделение предпринимательских отношений в структуре предмета гражданского права вызвано потребностью их специального правового регулирования. Однако, поскольку предпринимательские отношения - составная часть предмета гражданского права, на них распространяются не только специальные, но и общие нормы гражданского права. Например, нормы ГК РФ о коммерческих организациях являются специальными, но это не исключает применения к ним общих норм о юридических лицах вообще, когда это не противоречит специальным нормам о коммерческих организациях.

Выявленные признаки позволяют сформулировать определение коммерческого права как совокупности общих и специальных норм гражданского права, регулирующих имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием (предпринимательские отношения), основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников.

Иначе говоря, российский законодатель в определении того, что является коммерческим правом, исходит не из объективного критерия выделения предпринимательской деятельности как предмета правового регулирования самостоятельной отрасли права, а из субъектного признака - участия в гражданских отношениях предпринимателя. Еще Г.Ф. Шершеневич определял торговое право как "совокупность норм частного права, общего и специального, имеющую применение к той области народнохозяйственной жизни, которую закон признает торговлей"[\*(28)](#sub_9928). Следовательно, коммерческое право не является самостоятельной отраслью права, это составная часть гражданского права, специальное изучение которой вызвано практическим интересом.

Определяя место коммерческого права в системе гражданского права, следует отнести его к подотрасли гражданского права наряду с такими подотраслями, как вещное право, обязательственное право, наследственное право, семейное право, международное частное право[\*(29)](#sub_9929). Однако коммерческое право в отличие от других подотраслей гражданского права не имеет своего раздела в ГК. Не оформлено коммерческое право и в виде отдельного кодекса, подобно семейному праву. Нормы коммерческого права рассредоточены по всему ГК, содержатся в виде вкраплений в большинстве его разделов и глав, а также во множестве других законов и нормативных правовых актов.

С учетом отмеченного коммерческое право можно определить как функциональную подотрасль гражданского права. Критерий выделения коммерческого права в системе гражданского права (отношения с участием специального субъекта - предпринимателя) сходен с критерием выделения международного частного права в системе гражданского права (отношения, осложненные иностранным элементом). Другие подотрасли гражданского права (вещное право, обязательственное право, право интеллектуальной собственности, наследственное право) являются предметными подотраслями, так как они выделяются в системе гражданского права по содержанию регулируемых отношений.

Коммерческое право не следует смешивать с коммерческим законодательством. В отличие от отрасли права, включающей нормы права только одного рода (на мой взгляд, таких отраслей всего две: частное право и публичное право), отрасль законодательства всегда носит комплексный характер, поскольку нормативные акты, составляющие ту или иную отрасль законодательства, всегда включают в себя нормы разных отраслей права: частного и публичного. Данный вывод в полной мере распространяется на коммерческое законодательство, тем самым и определяется его природа как комплексного законодательства.

Отраслей законодательства может быть сколько угодно, вплоть до банно-прачечного законодательства, но такой отрасли права не существует. То, что за последние десятилетия приобрело устойчивое название отраслей права (государственное, гражданское, трудовое, налоговое, административное, уголовное, процессуальное и т.д.), по существу является не отраслями права, а отраслями законодательства. Каждая из них представлена комплексными нормативными правовыми актами, содержащими нормы частного и публичного права и регулирующими разнородные общественные отношения в соответствующей сфере общества: экономике, социальной сфере, обороне и т.д.

Коммерческое законодательство - это совокупность комплексных нормативных актов, т.е. нормативных актов, содержащих нормы разных отраслей права (частного и публичного), регулирующих предпринимательскую деятельность как в части ее осуществления, так и в части публичной организации. Специализация коммерческого законодательства заключается в правовом регулировании предпринимательских отношений и отношений, связанных с публичной организацией предпринимательской деятельности.

Нормы права, регулирующие предпринимательские отношения, т.е. частные отношения, возникающие в связи с осуществлением предпринимательской деятельности (отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием), составляют коммерческое право как подотрасль гражданского права (частное коммерческое право). Особенности частноправового регулирования предпринимательских отношений воплощены в специальных статьях и главах ГК РФ, а также в специальных нормативных актах, например в Федеральном законе от 26 декабря 1995 г. N 208-ФЗ "Об акционерных обществах"[\*(30)](#sub_9930). В процессе правоприменения специальным правилам отдается предпочтение перед общими правилами. Общие правила и институты ГК РФ применяются субсидиарно, т.е. когда отношение не урегулировано либо не в полной мере урегулировано специальными нормами ГК РФ или иного нормативного акта.

Нормы права, регулирующие отношения, возникающие в связи с публичной организацией предпринимательской деятельности (отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, и государственными органами), составляют, условно говоря, публичное коммерческое право как составную часть публичного права. Сюда можно отнести все нормы о государственном регулировании, контроле и надзоре в сфере предпринимательства[\*(31)](#sub_9931).

В своей совокупности нормы частного и публичного права, регулирующие осуществление и публичную организацию предпринимательской деятельности, составляют коммерческое законодательство.

В юридической науке активно обсуждается проблема кодификации коммерческого (предпринимательского) законодательства. Сторонники принятия Торгового кодекса предлагают объединить в нем нормы частного и публичного права и тем самым обеспечить стыковку публичных и частных правоотношений, складывающихся в сфере предпринимательства. При этом одни ведут речь о едином отраслевом кодексе (сторонники предпринимательского права как самостоятельной отрасли права), другие - о кодексе как комплексном нормативном акте, который вобрал бы в себя нормы разных отраслей права.

Следует согласиться с тем, что наряду с отраслевыми кодексами возможно формирование комплексных кодексов, регулирующих разнородные отношения, возникающие в связи с определенным видом деятельности[\*(32)](#sub_9932). Комплексный характер носят, например, Земельный кодекс РФ, Градостроительный кодекс РФ, Кодекс торгового мореплавания РФ и ряд других. В таких кодексах регулируется определенная деятельность (сфера), где возникают отношения разного рода (гражданские, административные и др.).

Таким образом, если речь идет о принятии Торгового кодекса в развитие Гражданского кодекса, то это возможно, хотя, на наш взгляд, нецелесообразно. Стыковка частных и публичных отношений, складывающихся в сфере предпринимательства, вполне обеспечивается и в настоящее время специальными законами, принятыми в развитие ГК РФ и регламентирующими статус различных коммерческих организаций, различные виды и сферы предпринимательской деятельности. Если же собрать нормы всех этих законов в один Торговый кодекс, получим более сложную систему коммерческого законодательства. Наряду с ГК РФ и Торговым кодексом по-прежнему будут действовать многие специальные законы. А это означает, что процесс правоприменения (как, впрочем, и правотворчества) еще более усложнится: придется устанавливать соотношение не только ГК РФ и специальных законов в сфере предпринимательства, но и каждого из них - с Торговым кодексом как специальным кодифицированным законом, связывающим ГК РФ и другие специальные законы в сфере предпринимательства.

Именно так произошло на Украине, где реализована идея принятия наряду с Гражданским кодексом Хозяйственного кодекса. При этом, например, общие нормы о купле-продаже (включая нормы о поставке, контрактации и др.) содержатся в гл. 54 "Купля-продажа" ГК Украины 2003 г., а специальное регулирование отношений по поставкам, контрактации, энергоснабжению и другим коммерческим отношениям осуществляется Хозяйственным кодексом Украины 2003 г. (ХК). При этом к отношениям купли-продажи, урегулированным ХК, субсидиарно применяются нормы о купле-продаже, содержащиеся в ГК Украины. ХК допускает также принятие подзаконных нормативных правовых актов: Типового договора контрактации сельскохозяйственной продукции (ст. 272), Типовых договоров поставки отдельных видов энергии (ст. 277), Положения о поставках продукции производственно-технического назначения (ст. 271) и др.

Если же речь идет о Торговом кодексе, исключающем субсидиарное применение норм ГК РФ, то его принятие недопустимо. Это приведет к разрушению принципа единства правового регулирования имущественных и связанных с ними личных неимущественных отношений, основанных на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников (ст. 2 ГК РФ), со всеми вытекающими отсюда последствиями, хорошо известными нам из советского прошлого.

Вопрос о природе коммерческого права и его предмете (предпринимательских отношениях) является дискуссионным. В курсе коммерческого права должен содержаться материал, характеризующий не только взгляды представителей соответствующей школы коммерческого права (этим, к сожалению, страдают учебники москвичей). На мой взгляд, к вопросу о природе коммерческого права могут быть выделены следующие подходы:

- цивилистический подход, сторонники которого[\*(33)](#sub_9933) не рассматривают коммерческое право в качестве самостоятельной отрасли права. Коммерческое право - это подотрасль гражданского права, имеющая своим предметом частные предпринимательские отношения. Необходимость регламентированного публично-правового вмешательства в сферу частных отношений, сама по себе не вызывающая возражений, не требует оформления специальной правовой отрасли, поскольку нормы частного и публичного права имеют разноотраслевой характер. Они могут быть объединены в комплексном нормативном акте (в том числе торговом, предпринимательском или хозяйственном кодексе), но лишь как в специальном по отношению к ГК РФ законе. Возможность субсидиарного применения общих норм гражданского права в процессе регулирования предпринимательских отношений, свидетельствующая о единстве частноправового регулирования, - одно из главных отличий указанного подхода[\*(34)](#sub_9934);

- хозяйственно-правовой подход, в соответствии с которым предпринимательское (хозяйственное) право признается самостоятельной отраслью права, имеющей своим предметом не определенного рода общественные отношения, а предпринимательскую деятельность[\*(35)](#sub_9935). С таким подходом нельзя согласиться, так как предпринимательская деятельность опосредуется различными по природе отношениями, регулируемыми соответствующими отраслями права. Предприниматель, осуществляя определенную деятельность, вступает в разнообразные отношения, связанные с этой деятельностью. Одни отношения с учетом их природы регулируются нормами частного права, а другие - нормами публичного права.

В структуру предмета предпринимательского права авторы включают, помимо предпринимательских отношений, отношения по государственному регулированию экономики, настаивая на "определенном единстве" указанных отношений. Однако связь отношений с предпринимательской деятельностью еще не есть доказательство единства предмета правового регулирования. Эти отношения составляют предметы разных отраслей права - частного и публичного. Взаимосвязь в реальной жизни этих отношений ведет к взаимодействию норм частного и публичного права в регулировании предпринимательской деятельности, но ни природное различие этих отношений, ни различие норм, их регламентирующих, тем самым не нивелируется. То, что характеризуется сторонниками этой точки зрения как предпринимательское право, есть на самом деле предпринимательское законодательство, нормативные акты которого, являясь комплексными, включают в себя нормы частного и публичного права, регулирующие связанные в реальной жизни, но разные по своей природе отношения: предпринимательские - суть частные и управленческие - публичные.

- Сторонники рассматриваемого подхода предлагают принять Хозяйственный или Предпринимательский кодекс, который объединил бы нормы разных отраслей права и обеспечил стыковку организационно-управленческих и имущественно-стоимостных отношений в сфере экономики. При этом в нарушение принципа единства частноправового регулирования они стремятся изъять нормы гражданского права, регулирующие предпринимательские отношения, из ГК РФ, поместить их в проектируемый ими Хозяйственный (предпринимательский) кодекс и тем самым исключить возможность субсидиарного применения норм гражданского права к предпринимательским отношениям. Это также неприемлемо, поскольку разрывает единство частноправового регулирования предпринимательских и иных частных отношений, закрепленное в ГК РФ;

- третий подход представлен работами авторов, трактующих предпринимательское право как комплексную отрасль права[\*(36)](#sub_9936). Представители такого подхода включают в предмет регулирования предпринимательского права отношения, связанные: с государственным регулированием предпринимательской деятельности (государственная регистрация предпринимателей, лицензирование предпринимательской деятельности и т.д.); с осуществлением предпринимательской деятельности (совершение сделок); с корпоративным (внутрихозяйственным) регулированием отношений.

Нетрудно заметить, что представленная группировка отношений, якобы составляющая структуру предмета предпринимательского права как комплексной отрасли права, также произвольна (не основана на принципах научной классификации явлений) и не может характеризоваться содержательным единством. Выделенные отношения на самом деле являются составными частями предметов регулирования разных отраслей права: публичного и частного. Соответственно и методы правового регулирования указанных отношений разные, чего не отрицают и сами сторонники предпринимательского права как комплексной отрасли права;

- четвертый подход отличается тем, что в соответствии с ним предмет регулирования коммерческого права необоснованно сужается и сводится только к отношениям оптовой и розничной торговли и связанной с ними инфраструктуры (право торгового оборота)[\*(37)](#sub_9937), либо даже только к договорным отношениям весьма ограниченного круга (договорное право)[\*(38)](#sub_9938). Определяя коммерческое право как подотрасль гражданского права, сторонники такого подхода выдвигают идею принятия Торгового кодекса, в котором предлагается "сконцентрировать нормы о договорах, в которых никогда не участвуют граждане, а только организации: что позволило бы гораздо полнее и четче урегулировать эти обязательства"[\*(39)](#sub_9939);

- сторонники пятого подхода не задаются целью определения природы коммерческого права, они в лучшем случае комментируют соответствующее законодательство, следуя в фарватере официальной политической и правовой идеологии[\*(40)](#sub_9940).

# Понятие коммерческого права зарубежных стран

Коммерческое право зарубежных стран должно быть составной частью курса коммерческого права. Особенности правового регулирования предпринимательской деятельности за рубежом должны раскрываться во всех соответствующих темах курса, а не в виде отдельной темы "Правовое регулирование внешнеторговой деятельности", как это делается в настоящее время. Уже из названия коммерческого права зарубежных стран следует, что его понятие характеризуется двумя признаками:

1) коммерческим (торговым) характером регулируемых отношений;

2) национальными особенностями регулирования этих отношений.

Интересно отметить также, что сфера отношений, регулируемых торговым правом, действительно изначально ограничивалась сферой обращения. Однако постепенно, с развитием капиталистических отношений, сфера действия торгового права расширялась, его нормами стали регулироваться любые отношения (подрядные, банковские, страховые и др.), участники которых преследовали цель - извлечение прибыли. Торговое право стало охватывать "все то, что можно назвать предпринимательской деятельностью, т.е. деятельностью предпринимателей, направленной на извлечение прибыли. Расширение сферы экономических отношений, подпадающих под действие торгового права, ведет к коммерциализации гражданского права в целом, постепенно границы между торговым и гражданским правом становятся условными и подвижными, четкие критерии разграничения стираются"[\*(41)](#sub_9941). Это обстоятельство нужно учитывать тем исследователям, которые сводят предмет регулирования коммерческого права только к отношениям оптовой и розничной торговли и связанной с ними инфраструктуры либо только к договорным отношениям.

Коммерческое право зарубежных стран следует рассматривать как часть частного права. Так, Е.А. Васильев, определяя торговое право, отмечает, что это совокупность норм частного права, регулирующих хозяйственную деятельность, осуществляемую в качестве промысла с целью извлечения прибыли. Нормы гражданского и торгового права соотносятся как общая и специальная нормы. Наблюдается их взаимовлияние и в странах с дуалистической системой, характеризуемой в основном наличием двух кодексов - гражданского и торгового[\*(42)](#sub_9942).

Г.Е. Авилов также отмечает, что торговое право зарубежных стран, даже будучи отделенным от гражданского права, регулирует отношения именно частноправового характера, основанные на равенстве их участников, а не их административном или ином властном подчинении. Основные институты торгового права зарубежных стран являются классическими гражданско-правовыми институтами: лица, сделки и представительство, обеспечение обязательств, купля-продажа, заем, аренда, другие виды договоров и пр.[\*(43)](#sub_9943)

Соотношение коммерческого и гражданского права в разных странах может иметь особенности, определяемые принадлежностью стран к той или иной системе права: континентальной (романо-германской) или общего права[\*(44)](#sub_9944) (англо-американского).

В континентальную систему права входят европейские страны (кроме Великобритании), ряд иных стран, которыми была воспринята эта система: многие страны Латинской Америки, Япония, Китай. Отличительной особенностью континентальной системы права является характер источников права. Основным источником права здесь выступают законы, кодифицированные кодексы, применительно к частному праву - это раздельные гражданский и торговый кодексы. Однако, как уже отмечалось, в ряде стран континентальной системы права нет торговых кодексов (Италия, Голландия, Швейцария), нормы торгового права содержатся в гражданских кодексах либо в отдельных законах.

В рамках континентальной системы права различают пандектную и институционную системы расположения институтов частного права.

Пандектная система расположения институтов частного права была разработана германскими правоведами и положена в основу Германского гражданского уложения 1896 г. Затем она была воспринята рядом стран, включая Россию. Суть пандектной системы заключается в особом расположении правового материала путем выделения в рамках кодекса общей и особенной частей, объединения правовых норм в подотрасли (вещное право, обязательственное право, наследственное право и т.д.), установления формальной иерархии правовых норм. В такой системе права коммерческое право (Handelsrecht) соотносится с гражданским правом как частное и общее[\*(45)](#sub_9945). В основу выделения предпринимательской деятельности из сферы обычной экономической деятельности и тех отношений, которые ее опосредуют, положен субъективный критерий: деятельность совершается предпринимателем, специальный статус которого приобретается путем регистрации (§ 1-3 Германского торгового уложения).

Институционная система выражается в расположении правового материала по институтам без выделения общей части. Так, в основу Французского гражданского кодекса положена институционная система, выделяются отдельные институты: лица, вещи, иски и т.д. В такой системе права при выделении наряду с гражданским кодексом торгового кодекса коммерческое право (Droit commercial) рассматривается как самостоятельная отрасль права, что, впрочем, не исключает взаимовлияния норм гражданского и коммерческого права[\*(46)](#sub_9946). В основу выделения коммерческой деятельности и соответствующих отношений положен объективный критерий: деятельность является коммерческой независимо от того, кто ее совершает - коммерсант или иное лицо. Коммерсант - это тот, кто совершает торговые сделки. Торговые сделки выделены из числа гражданско-правовых по перечню, а также с указанием критерия их выделения: "приобретение товара с целью дальнейшего его отчуждения в том же виде или после переработки"[\*(47)](#sub_9947).

Система общего права (common law) возникла в Англии в результате деятельности судов и была впоследствии воспринята странами, находившимися под ее властью или являвшимися членами Британского Содружества наций. Английское право составило также основу права США. Особенностью системы общего права является круг источников права, основными из которых являются не нормативные правовые акты, а прецеденты (судебная практика). Суд в рамках судебного прецедента вправе формулировать правовую норму и применять ее для решения принятого к рассмотрению дела. Гражданское и торговое право Великобритании и США (за исключением отдельных штатов) не кодифицировано в европейском понимании кодификации. Не относится в этом смысле к кодифицированному акту и Единообразный торговый кодекс США[\*(48)](#sub_9948).

В странах системы общего права структура частного права отличается от принятой в романо-германской правовой системе. Здесь нет принципиального деления права на гражданское и торговое. Понятию коммерческого права больше соответствует термин Business Law. Отношения, которые в континентальной системе права являются предметом коммерческого права, в странах системы общего права регулируются нормами таких разделов частного права, как корпоративное право, договорное право, право собственности.

Таким образом, коммерческое право зарубежных стран, несмотря на некоторые особенности национального характера, можно определить как подотрасль частного права, совокупность общих и специальных норм гражданского права, регулирующих коммерческие отношения. Складывающиеся между предпринимателями (коммерсантами) или с их участием коммерческие отношения регулируются методами, особенность которых сводится к равенству, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников.

# Понятие международного коммерческого права

Международное коммерческое право также должно быть составной частью курса коммерческого права. Соответствующие вопросы должны раскрываться во всех темах курса. Международное коммерческое право характеризуется двумя особенностями: 1) коммерческим (торговым) характером регулируемых отношений. С этой точки зрения международное коммерческое право - это та часть гражданского права, которая относится к коммерческому праву; 2) международным характером регулируемых отношений. В этой части международное коммерческое право - это та часть гражданского права, которая относится к международному частному праву (МЧП). Рассмотрим эти особенности подробнее.

Международные отношения регулируются международным правом. При этом межгосударственные отношения составляют область международного публичного права, а отношения между гражданами и организациями разной государственной принадлежности, включая предпринимателей, регулируются МЧП, составной частью которого является международное коммерческое право.

Вопрос о природе МЧП, о том, входит ли оно в состав международного права или относится к внутреннему праву, является дискуссионным. Одни авторы включают нормы МЧП в состав международного права, отмечая глубокую связь МЧП и международного публичного права, единство источников регулирования (международные соглашения), возможность перерастания гражданско-правового конфликта с иностранным элементом в политический конфликт между государствами[\*(49)](#sub_9949). Другие авторы включают МЧП в состав внутреннего права. При этом одни из них рассматривают МЧП в качестве самостоятельной отрасли права[\*(50)](#sub_9950), другие - в качестве комплексной отрасли права[\*(51)](#sub_9951), третьи - в качестве составной части гражданского права[\*(52)](#sub_9952).

Вопрос о природе МЧП следует решать прежде всего с учетом характера регулируемых им отношений. С этой точки зрения нет никаких оснований трактовать его в качестве отрасли права. Предметом регулирования МЧП являются отношения гражданско-правового характера, следовательно, оно входит в состав гражданского (внутреннего) права. В то же время отношения, регулируемые МЧП, являясь отношениями гражданско-правовыми, имеют свою специфику, которая определяется присутствием иностранного элемента.

В самом наименовании МЧП слово "международное" имеет иной смысл, чем в наименовании международного публичного права. Международное публичное право является международным в том смысле, что оно регулирует отношения между государствами. МЧП не является межгосударственным правом, оно является международным в том смысле, что регулирует отношения, выходящие за рамки правовой системы одного государства; отношения, в которых участниками являются физические лица и организации разной государственной принадлежности[\*(53)](#sub_9953).

МЧП регулирует гражданско-правовые отношения с иностранным элементом:

1) отношения, субъекты которых имеют разную государственную принадлежность;

2) отношения, субъекты которых имеют одну государственную принадлежность, а объект (например, наследственное имущество) находится за границей;

3) отношения, возникновение, изменение или прекращение которых связаны с юридическим фактом, имеющим место за границей (например, заключение договора)[\*(54)](#sub_9954).

Так, по ст. 1186 ГК РФ право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо к гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей, определяется на основании международных договоров Российской Федерации, ГК РФ, других законов и обычаев, признаваемых в России.

Присутствие иностранного элемента в отношениях, регулируемых МЧП, и использование коллизионного метода регулирования указанных отношений не изменяет их сути. По природе эти отношения являются имущественными и связанными с ними личными неимущественными отношениями, основанными на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников - физических или юридических лиц независимо от осуществления ими предпринимательской деятельности. Коллизионный метод регулирования позволяет определить лишь то право, которое подлежит применению к этим отношениям[\*(55)](#sub_9955).

В ст. 2 ГК РФ, определяющей отношения, регулируемые гражданским законодательством, к таким отношениям отнесены отношения с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и юридических лиц. Из этого следует, что:

а) отношения с участием иностранцев являются имущественными и связанными с ними личными неимущественными отношениями, основанными на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников - физических или юридических лиц, и относятся к предмету гражданско-правового регулирования (абз. 1 и 4 п. 1 ст. 2 ГК РФ). В предмет гражданского права включены и те отношения с участием иностранцев, которые связаны с осуществлением ими предпринимательской деятельности, - международные коммерческие отношения (абз. 1, 3 и 4 п. 1 ст. 2 ГК РФ).

Следует подчеркнуть, что отношения с участием иностранцев (включая предпринимателей) и публичными органами, основанные на власти и подчинении, хотя бы и имеющие имущественное содержание (например, таможенные), не относятся к частным и не включены в предмет гражданско-правового регулирования, они являются предметом публично-правового регулирования;

б) выделение отношений с участием иностранцев в структуре предмета гражданского права вызвано потребностью их специального правового регулирования. Однако, поскольку эти отношения являются составной частью предмета гражданского права, на них распространяются не только специальные, но и общие нормы гражданского права. Например, нормы гражданского права о форме внешнеэкономических сделок являются специальными (п. 3 ст. 162 ГК РФ), что не исключает применения к ним общих норм о сделках.

Иначе говоря, российский законодатель в определении того, что является МЧП, исходит не из объективного (содержательного) критерия выделения отношений с участием иностранцев как самостоятельного предмета правового регулирования, а из субъективного (личного) признака. Из того, что отношения с участием иностранцев - это отношения, регулируемые гражданским (частным) правом, участниками которых являются специальные субъекты гражданского права - иностранцы, включая лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность (иностранных предпринимателей, коммерсантов).

Из изложенного вполне определенно следует, что МЧП - это совокупность общих и специальных норм гражданского права, регулирующих имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения с участием иностранцев, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников. Именно этим, на наш взгляд, объясняется помещение в ГК РФ специального разд. VI "Международное частное право".

Что же касается международного гражданского процесса, который отечественная доктрина относит к МЧП, поскольку иностранный элемент в гражданском деле порождает определенные процессуальные последствия[\*(56)](#sub_9956), то такой подход верен лишь формально. По существу, международный гражданский процесс, регламентируя процессуальное производство по делам с участием иностранных лиц, относится к публичному праву. Отношения между судом и иностранными лицами, участвующими в деле, являются властными. Нормы международного гражданского процесса входят в состав гражданского процесса как отрасли национального права[\*(57)](#sub_9957). Именно этим объясняется расположение норм о международном гражданском процессе в процессуальных кодексах[\*(58)](#sub_9958).

Таким образом, МЧП является подотраслью гражданского права, оформленной в виде специального раздела ГК РФ. Этот раздел, как и другие разделы ГК РФ, содержит наряду с общими нормами МЧП специальные нормы коммерческого права, регламентирующие международный торговый обмен. Специальные нормы, регулирующие международный торговый обмен, содержатся также во множестве других федеральных законов и нормативных правовых актов[\*(59)](#sub_9959).

Учитывая изложенное выше можно определить сферу международного коммерческого права - это та часть гражданского права, которая относится, с одной стороны, к МЧП, поскольку характеризуется наличием иностранного элемента, а с другой стороны, к коммерческому праву, поскольку содержание МЧП шире понятия международного коммерческого права. Международное коммерческое право, как уже отмечалось, характеризуется двумя особенностями:

1) международным характером регулируемых отношений (участием в них иностранцев). Это означает также, что источником регулирования таких отношений выступает международный правовой акт, который нивелирует национальные различия в регулировании отношений по международной торговле. Показательна в этой связи, например, ст. 7 ГК РФ, которой установлено, что, если международным договором РФ установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены внутренним гражданским законодательством, применяются правила международного договора. Из этого следует, что нормы национальных правовых систем также являются источниками правового регулирования международных коммерческих отношений[\*(60)](#sub_9960). Если же ими устанавливаются необоснованные ограничительные или преференциальные режимы, не соответствующие потребностям международного коммерческого оборота и противоречащие международному договору, то подлежат применению правила международного договора;

2) торговым характером регулируемых отношений. Это означает, что общеэкономический международный обмен, который не носит характера торгового, т.е. осуществляемого в качестве промысла с целью извлечения прибыли (например, обмен произведениями искусства между музеями разных стран, не преследующий коммерческих целей), не выступает предметом регулирования международного коммерческого права.

Таким образом, международное коммерческое право - это совокупность общих и специальных норм гражданского права, регулирующих имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения с участием иностранцев, осуществляющих предпринимательскую деятельность, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников.

Международное коммерческое право следует отграничить от смежных понятий: внешнеторговой деятельности, внешнеэкономической деятельности, международного экономического права.

Внешнеторговая деятельность - это деятельность по осуществлению сделок в области внешней торговли товарами, услугами, информацией и интеллектуальной собственностью (ст. 2 Федерального закона от 8 декабря 2003 г. N 164-ФЗ "О государственном регулировании внешнеторговой деятельности"[\*(61)](#sub_9961)). Внешнеторговая деятельность опосредуется двоякого рода отношениями: внешнеторговыми, связанными с совершением внешнеторговых сделок (предмет внешнеторгового права, являющегося по сути международным коммерческим правом), и публичными, связанными с государственным и международным регулированием, а также контролем внешнеторговой деятельности (предмет публичного права).

Внешнеторговая деятельность в части внешнеторговых отношений характеризуется двумя основными признаками:

1) это деятельность по осуществлению торговых сделок. При этом для определения сделки как торговой не имеет значения критерий ее выделения: субъективный - сделка совершается между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием (германская система определения сделок как торговых)[\*(62)](#sub_9962) или объективный - сделка является торговой независимо от того, кто ее совершает - предприниматели или лица, не являющиеся предпринимателями (французская система выделения торговых сделок)[\*(63)](#sub_9963). Иначе говоря, действующий Закон о внешнеторговой деятельности расширил понятие внешнеторговой деятельности по сравнению с утратившим силу Федеральным законом от 13 октября 1995 г. N 157-ФЗ "О государственном регулировании внешнеторговой деятельности"[\*(64)](#sub_9964), по которому внешнеторговая деятельность определялась только как предпринимательская деятельность в области внешней торговли (ст. 2);

2) это деятельность, опосредуемая отношениями между лицами разной государственной принадлежности (деятельность с участием иностранцев)[\*(65)](#sub_9965).

Понятие внешнеторговой деятельности уже понятия внешнеэкономической деятельности. Последняя включает в себя наряду с внешнеторговой (предпринимательской) деятельностью деятельность в сфере международного общения, но не связанную с извлечением прибыли (например, межвузовские обмены студентами и преподавателями, гуманитарную помощь и другие благотворительные мероприятия). Внешнеэкономические отношения, опосредующие внешнеэкономическую деятельность, выступают предметом внешнеэкономического права, являющегося по сути международным частным правом.

Как уже отмечалось, внешнеторговая деятельность опосредуется не только гражданско-правовыми отношениями, но и отношениями, связанными с публичной организацией этой деятельности (публичным порядком в сфере международных отношений, внутригосударственным регулированием). Те нормы, которыми урегулированы отношения, связанные с публичной организацией внешнеэкономической деятельности, будучи по своей сути нормами публичного права[\*(66)](#sub_9966), не составляют содержания международного коммерческого права (внешнеторгового права)[\*(67)](#sub_9967)). В частности, не выступают предметом регулирования международного коммерческого права отношения, которые получили в литературе название международных экономических отношений и направлены на организацию международных связей. Такие отношения, являясь межгосударственными публичными отношениями, регулируются международным экономическим правом[\*(68)](#sub_9968)).

# Принципы построения курса коммерческого права

Изложенное выше позволяет составить представление о принципах построения курса коммерческого права. Предмет коммерческого права как учебной дисциплины (учебного курса) включает законодательство, регулирующее предпринимательскую деятельность, практику его применения и науку коммерческого права. Учебная дисциплина коммерческого права является комплексной, так как, изучая ее, студент познает не только особенности частноправового регулирования предпринимательской деятельности, но и особенности публично-правовой организации этой деятельности.

Система курса коммерческого права сходна с системой курса гражданского права, хотя и не совпадает с ней. Сходство объясняется концептуальным подходом к пониманию коммерческого права как функциональной подотрасли гражданского права. Различие заключается в комплексном характере курса коммерческого права, включающего материал публично-правового содержания.

Сходство, безусловно, является определяющим, поэтому группировка учебного материала и последовательность изложения аналогичны курсу гражданского права. Общие институты гражданского права применительно к сфере предпринимательства получают дополнительную квалификацию. Например, если в рамках гражданского права действуют частные лица, то в преломлении к предпринимательству они выступают как предприниматели с присущими им организационно-правовыми формами: индивидуальные предприниматели, акционерные общества, производственные кооперативы и др. Вещно-правовые формы в сфере предпринимательства также отличаются спецификой, например существованием специального коммерческого вещного права - права хозяйственного ведения. Договорные формы в сфере предпринимательства проявляют себя как особые торговые сделки и отношения, например договор поставки - как специальный предпринимательский договор купли-продажи; ответственность предпринимателя за нарушение обязательства, наступающая по общему правилу независимо от вины, и т.п. Поскольку предпринимательские отношения опосредуются по преимуществу договорными формами, а их система задана ГК РФ, то и в основу системы курса коммерческого права положена система договоров, предусмотренных ГК РФ.

Изложение курса коммерческого права по аналогии с системой курса гражданского права объясняется также методическими соображениями; необходимостью с самого начала показать студенту, что первично, а что вторично в правовой материи, что стабильно и отражает сущность вещей, а что изменчиво и субъективно. Частные отношения в сфере предпринимательства первичны и выражают объективную природу коммерческого права, определяют методы правового регулирования. Публичные отношения, выражающиеся в ограничениях, запретах, предписаниях, - вторичны, изменчивы, субъективны. Поэтому их особенности в сфере предпринимательства излагаются по ходу рассмотрения вопросов правового регулирования предпринимательских отношений и в связи с ними.

В каждый период развития общества правовое регулирование предпринимательской деятельности тесно связано с той или иной публично-правовой организацией этой деятельности (в зависимости от меняющейся социально-экономической политики государства). Особенно это проявляется в правовом регулировании налогообложения предпринимателей, инвестиционной деятельности, приватизации и других сферах. Такой материал не может быть изучен в курсе гражданского права. Во-первых, это повредило бы самому гражданскому праву, размыло его предмет, не способствовало уяснению студентами сущности частноправового регулирования общественных отношений. Во-вторых, ни система гражданского права, ни количество выделяемых по учебным планам часов не позволяет сколько-нибудь основательно показать особенности гражданско-правового регулирования предпринимательской деятельности в сочетании с ее публичной организацией.

Правовое регулирование осуществления и организации предпринимательской деятельности необходимо изучать в отдельном курсе коммерческого права или в специальных курсах. Таким образом, курс коммерческого права - это как бы второй эшелон в изучении права, базирующийся на знаниях, которые получены студентами из основных отраслевых правовых дисциплин: гражданского права, административного права и др.

Система курса коммерческого права, на мой взгляд, должна состоять из двух частей: общей, включающей четыре раздела, и специальной, включающей один заключительный раздел.

В первом разделе даются основы правового регулирования предпринимательской деятельности, определение понятия и природы предпринимательских отношений, принципы коммерческого права, его система и источники.

Второй раздел посвящен характеристике правовых форм осуществления предпринимательской деятельности и включает вопросы правового положения предпринимателей, банкротства предпринимателей, правового режима их имущества и договор с их участием.

В третьем разделе рассматриваются правовые формы публичной организации предпринимательства, система органов и методов такой организации, основные направления государственного регулирования предпринимательской деятельности в современных рыночных условиях (государственная регистрация, лицензирование, антимонопольное, техническое, ценовое, налоговое регулирование, приватизация).

Четвертый раздел посвящен вопросам защиты прав и законных интересов предпринимателей, рассмотрению различных способов и порядка такой защиты.

Специальная часть, посвященная правовому регулированию отдельных видов предпринимательской деятельности (пятый раздел), состоит из глав, в основу выделения которых положена система договоров в той последовательности, в какой она нашла закрепление в ГК РФ. Объясняется это тем, что основу правового регулирования предпринимательства составляет частноправовое (договорное) регулирование, предопределяемое самой природой регулируемых отношений (предпринимательских отношений). Публично-правовое регулирование с его ограничениями и запретами, направленными на обеспечение публичных интересов, - это, безусловно, важный, но лишь второй (надстроечный) уровень регулирования. Рассмотрение вопросов специальной части, посвященной правовому регулированию отдельных видов предпринимательской деятельности (пятый раздел), базируется на выводах и положениях общей части курса коммерческого права (разд. I-IV). Более того, структура каждой главы заключительного раздела в той или иной мере повторяет структуру общей части: понятие соответствующего вида деятельности, источники ее правового регулирования, договорное регулирование, публичное регулирование, защита прав и законных интересов предпринимателей.

Во всех разделах наряду с российским коммерческим правом в необходимой мере освещаются вопросы иностранного и международного коммерческого права.

# Отношения в сфере предпринимательства как предмет предпринимательского права (Белых В.С.)

# Понятие предпринимательской деятельности (предпринимательства)

Предпринимательская деятельность (предпринимательство) - сложная категория. Ее можно рассматривать в разных аспектах: организационном, экономическом, юридическом и др. (например, историческом, социологическом, психологическом, нравственном).

Предпринимательство - это прежде всего вид человеческой деятельности. Причем предпринимательская деятельность не сводится к простой совокупности действий. Она состоит из связанных и последовательных предпринимательских мероприятий (действий), направленных к единой цели. Основная цель предпринимательской деятельности - производство и предложение рынку такого товара, на который имеется спрос и который приносит прибыль[\*(69)](#sub_9969). Однако ориентация на достижение коммерческого успеха не является самодовлеющей целью в современном бизнесе. Наряду с извлечением прибыли для субъектов предпринимательской деятельности принципиальное значение приобретает вопрос о создании собственного дела (бизнеса), в рамках которого осуществляется производство товаров, выполнение работ, оказание услуг.

Предпринимательские структуры принимают участие в решении социальных проблем российского общества, жертвуют свои средства на развитие культуры, образования, здравоохранения, охрану окружающей среды. Одна из основных конституционных обязанностей предпринимателей - уплата законно установленных налогов и сборов.

Вместе с тем при создании предпринимательских структур не преследуется цель уплаты налогов и сборов. В соответствии с Налоговым кодексом РФ[\*(70)](#sub_9970) (п. 1 ст. 3) каждое лицо должно уплачивать законно установленные налоги и сборы. Эта публичная обязанность предпринимателей вытекает из реализации предпринимательских действий.

Организационный аспект предпринимательства выражается в следующем. Основу практической деятельности человека составляет целенаправленное действие. В свою очередь, действие понимается как процесс, направленный на выполнение простой текущей задачи либо подчиненный достижению промежуточного результата целостной деятельности[\*(71)](#sub_9971). Операция - следующий элемент деятельности, представляющий собой "комплекс действий, ориентированных на решение определенной задачи"[\*(72)](#sub_9972). Операции являются элементами более высоких уровней поведения (например, управление производством). В реальной жизни существует тесная связь между различными элементами человеческой деятельности, а также их взаимообусловленность. Так, одно и то же действие может входить в качестве элемента в разные операции. И наоборот, одна и та же операция может быть совершена с помощью разных действий.

Особое место в деятельности людей занимают поступки. Поступок - это не очередной уровень поведения, а социальная характеристика действий и операций при условии, что они имеют общественную значимость. Поступки, по мнению В.Н. Кудрявцева, относятся к таким актам поведения, которые приобретают положительную или отрицательную социальную характеристику[\*(73)](#sub_9973). Сказанное в равной степени касается и предпринимательства (предпринимательской деятельности).

Экономический аспект предпринимательства. В научной среде предпринимательство с точки зрения экономической определенности принято рассматривать в трех аспектах: как экономическую категорию; как метод хозяйствования; как тип экономического мышления[\*(74)](#sub_9974). Так, для характеристики предпринимательства в качестве экономической категории используется система отношений между субъектами и объектами предпринимательства. В свою очередь, рассматривая предпринимательство через призму метода ведения хозяйства, ученые-экономисты выделяют такие признаки предпринимательства, как самостоятельность и независимость хозяйствующих субъектов, их инициативность.

Предпринимательство - особый тип экономического мышления, характеризующийся совокупностью оригинальных взглядов и подходов к принятию решений. Центральное место здесь принадлежит личности предпринимателя[\*(75)](#sub_9975). Ему присущ особый склад ума, воля к победе, желание борьбы, стремление к творчеству.

Юридический аспект предпринимательства. Категория "предпринимательство" имеет большое практическое значение. Она широко используется в действующем законодательстве. Достаточно сказать, что в первой и второй частях ГК РФ термин "предпринимательская деятельность" применяется в 45 статьях. Таким образом, отношения в сфере предпринимательской деятельности являются объектом правового регулирования. С другой стороны, субъекты предпринимательской деятельности вправе издавать локальные (корпоративные) нормативные акты, регулирующие корпоративные отношения, внутренние вопросы деятельности.

Легальное определение понятия "предпринимательская деятельность" дано в п. 1 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 лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Рассмотрим нормативные признаки предпринимательства.

Самостоятельный характер этой деятельности проявляется во многих отношениях. В первую очередь он означает относительную независимость предпринимателя от иных органов, организаций и частных лиц. Граждане и их объединения сами инициируют предпринимательскую деятельность и самостоятельно осуществляют ее. Предприниматель свободен в выборе предмета предпринимательской деятельности, а также средств для ее эффективного проведения.

В литературе условно выделяют имущественную и организационную (хозяйственную) самостоятельность предпринимательской деятельности. Под имущественной самостоятельностью понимается наличие у предпринимателя обособленного собственного имущества как экономической базы деятельности[\*(76)](#sub_9976). Объем имущественной самостоятельности зависит от того юридического титула, на основе которого это имущество принадлежит субъекту. Следовательно, можно говорить о полной (когда имущество принадлежит субъекту на праве собственности) и об ограниченной (когда имущество принадлежит субъекту на ином вещном праве, например на праве хозяйственного ведения или оперативного управления) имущественной самостоятельности.

Организационная самостоятельность выражается в возможности принятия самостоятельных решений в процессе предпринимательской деятельности, начиная с принятия решения заниматься предпринимательской деятельностью, выбора вида деятельности, организационно-правовой формы и заканчивая принятием решения о добровольном прекращении деятельности.

Самостоятельность проявляется и на стадиях поиска партнеров, заключения договоров, распределения предпринимательского дохода.

Именно самостоятельный характер предпринимательской деятельности отличает ее от трудовой деятельности (например, от работы по трудовому контракту). Работники предприятия, вступая в трудовые отношения, должны подчинять свою деятельность определенному трудовому распорядку и соблюдать производственную дисциплину.

Указанное различие получило закрепление и в налоговом законодательстве. Так, Налоговый кодекс РФ (ст. 227 и др.) проводит разграничение между налогообложением доходов, получаемых физическими лицами за выполнение ими трудовых и иных приравненных к ним обязанностей, и доходов от предпринимательской деятельности.

Однако самостоятельный характер предпринимательской деятельности имеет свои юридические границы. Предпринимательство представляет собой деятельность в рамках действующего законодательства. Скажем, предпринимательство не может осуществляться в организационно-правовой форме коммерческой организации, не предусмотренной ГК РФ (ст. 50), без специального разрешения на отдельные виды деятельности.

При этом надо отметить, что самостоятельный характер присущ и общественно-политической, и благотворительной, и социально-культурной деятельности. Свойства самостоятельности в еще большей степени, чем в предпринимательстве, проявляются в творческой деятельности.

Систематизм - следующий признак предпринимательства. Его принято рассматривать в двух аспектах. Первый - систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Второй связан с систематическим совершением определенных действий (операций, поступков). Несмотря на некоторую взаимосвязь между собой, указанные случаи не совпадают ни по объему, ни по содержанию. Действительно, можно иметь единовременную прибыль от систематических поведенческих актов и, наоборот, систематическую прибыль от единичного действия. Возможен вариант длительного отсутствия предпринимательской деятельности (или вялотекущей деятельности) с одновременным наличием прибыли, заработной платы в прошлом[\*(77)](#sub_9977). В хозяйственной практике встречаются случаи, когда коммерческие организации, осуществляя предпринимательскую деятельность в течение нескольких лет, не получают прибыль и являются, по крайней мере по бухгалтерским документам, убыточными. Причем нередко руководители предприятий (организаций) преднамеренно создают такое положение, чтобы не платить налоги и другие обязательные платежи в соответствующий бюджет.

Систематическое извлечение прибыли - обязательный (сущностный) признак предпринимательской деятельности. Коммерческая направленность отделяет эту деятельность не только от общественно-политической, благотворительной, cоциально-культурной, но и от других видов инициативной деятельности. Так, в силу ст. 11 Закона РФ от 22 апреля 1996 г. N 39-ФЗ "О рынке ценных бумаг"[\*(78)](#sub_9978) фондовая биржа создается в форме некоммерческого партнерства или акционерного общества. Биржевую деятельность нельзя отнести ни к благотворительной, ни к социально-культурной, ни к др. Деятельность фондовой биржи представляет собой разновидность хозяйственной деятельности, даже если в процессе ее осуществления не преследуется цель извлечения прибыли. Иначе говоря, понятия "хозяйственная деятельность" и "предпринимательство" соотносятся как род и вид.

Систематизм означает неоднократное повторение чего-то (в нашем случае предпринимательских действий). Поэтому систематическое извлечение прибыли есть неоднократное получение прибыли.

Понятие "систематическое получение прибыли" нельзя раскрыть через количественный критерий, поскольку невозможно серьезно обосновать утверждение о том, что два действия (сделки) - это еще не система, а три уже образуют ее.

Далее, систематическое и постоянное извлечение прибыли не одно и то же. Слово "постоянное" означает непрекращающуюся во времени деятельность по получению прибыли. "В неразличимости, смешении обоих проявлений деятельности заложены корни серьезных конфликтных ситуаций. В частности, сложности возникают при оценке предпринимательской деятельности, субъекты которой скрывают ее, а при выявлении отрицают наличие предпринимательства, ссылаясь именно на то, что акции, внешне схожие по цели с предпринимательскими, носят не систематический, а случайный, разовый, повторный и т.п. характер"[\*(79)](#sub_9979).

Предпринимательство есть рисковая деятельность. Категория "предпринимательский риск" еще не стала предметом повышенного внимания ученых-юристов в силу своей новизны. В литературе делаются лишь первые попытки в общем смысле определить данное понятие. При этом используются теоретические разработки общей проблемы риска таких исследователей, как М.М. Агарков, В.П. Грибанов, М.С. Гринберг, О.А. Красавчиков, Н.С. Малеин, В.А. Ойгензихт и др.

Категория риска весьма многогранна. В этой связи нельзя не вспомнить о риске собственника (ст. 221 ГК РФ), покупателя (ст. 459 ГК РФ), арендатора (ст. 669 ГК РФ), сторон в договорах подряда (ст. 705 ГК РФ), страхования (ст. 944, 945 ГК РФ), предпринимателя (ст. 929, 933 ГК РФ) и иных лиц. В каждом из этих случаев содержание риска имеет индивидуальные признаки. Так, в ст. 933 ГК РФ предусмотрена возможность заключения договора страхования предпринимательского риска, под которым согласно ст. 929 ГК РФ понимается риск убытков от предпринимательской деятельности из-за нарушения обязательств контрагентами предпринимателя или изменения условий этой деятельности по независящим от предпринимателя обстоятельствам, в том числе риск неполучения ожидаемых доходов.

Итак, предпринимательский риск - это потенциальная возможность (опасность) наступления или ненаступления события (совокупности событий), влекущего неблагоприятные имущественные последствия для деятельности предпринимателя.

В учебной и научной литературе ряд авторов выделяет (помимо названных признаков предпринимательства) другие признаки предпринимательской деятельности. К ним относятся, в частности, инициативность и профессионализм предпринимателей, государственная регистрация субъектов предпринимательства и др. Рассмотрим их подробно.

Признак легитимации предпринимательства. В силу ст. 2 ГК РФ подлежит регистрации не предпринимательская деятельность, а лица, ее осуществляющие. Это общее правило распространяется и на индивидуальное, и на коллективное предпринимательство. Например, коммерческие организации вправе осуществлять предпринимательскую деятельность с момента их государственной регистрации в качестве юридических лиц.

Из сказанного можно сделать следующие выводы. Лицо (в том числе юридическое лицо), осуществляющее предпринимательскую деятельность без государственной регистрации, предпринимателем (коммерческой организацией) не является. В свою очередь, лицо, прошедшее такую регистрацию, приобретает статус предпринимателя, даже если и не осуществляет указанную деятельность. Поэтому легитимация предпринимательства - это формальный (внешний) признак данного явления.

Будучи экономической категорией, предпринимательская деятельность существует независимо от факта государственной регистрации субъектов предпринимательства. Однако отсутствие такой регистрации влечет за собой правовые последствия: предпринимательская деятельность признается незаконной. Статьей 171 Уголовного кодекса РФ установлена ответственность за незаконное предпринимательство.

Инициативный характер предпринимательства. Данный признак нельзя отнести к обязательным признакам предпринимательства. Инициатива свойственна всем участникам гражданского оборота. Не случайно в литературе инициатива физических и юридических лиц, основанная на законе, рассматривается в качестве характерной черты гражданско-правового метода регулирования общественных отношений.

Профессионализм предпринимателей. Спорно утверждение некоторых авторов о том, что профессионализм (профессиональная основа) - сущностный признак предпринимательской деятельности[\*(80)](#sub_9980). ГК РФ (п. 3 ст. 50) разрешает некоммерческим организациям осуществлять предпринимательскую деятельность постольку, поскольку это соответствует целям, ради которых они созданы. Едва ли здесь можно говорить о предпринимательском профессионализме некоммерческих организаций.

Подытоживая сказанное, можно сформулировать собственное определение предпринимательской деятельности. Предпринимательская деятельность (предпринимательство) представляет собой совокупность целенаправленных, систематических действий, совершаемых самостоятельно на свой риск лицом, зарегистрированным в качестве предпринимателя, в целях удовлетворения потребностей конкретных потребителей и общества и получения систематической прибыли посредством создания и ведения собственного бизнеса, дела (продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг и т.п.). С современных позиций, на наш взгляд, основная цель предпринимательства не только в получении прибыли, но и в наличии собственного бизнеса (своего дела).

Коммерческая направленность - важный признак предпринимательства, позволяющий провести отграничение его от иной экономической деятельности. Но нельзя при определении предпринимательства основной упор делать на цели извлечения прибыли. Цивилизованный рынок нуждается в предпринимателях, которые стремятся к созданию устойчивого во всех отношениях собственного бизнеса. Такой бизнес представляет собой совокупность имущественного комплекса, наделенного реальными материальными и нематериальными активами и деятельности по организации производства и реализации готовой продукции (работ и услуг), подбору кадрового состава, формированию клиентской базы, освоению рынка сбыта и т.д.

Соотношение понятий "предпринимательская деятельность", "экономическая деятельность", "хозяйственная деятельность", "коммерческая деятельность". В силу п. 1 ст. 34 Конституции РФ каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Как видно, предпринимательская деятельность (предпринимательство) есть вид деятельности экономической.

Что касается экономической деятельности, то в современной литературе отсутствует единство мнений по определению данного понятия. Одна группа ученых рассматривает экономическую деятельность с позиции хозяйственной активности индивидов, их объединений по производству, распределению, перераспределению и потреблению материальных благ; другая - с точки зрения процесса воспроизводства материальных благ и духовных богатств; третья - как вид общеполезной деятельности, осуществляемой в сфере экономики любыми субъектами.

Надо особо отметить, что экономическая деятельность - это прежде всего экономическая категория, а потому в ее разработке значительная роль отводится научным исследованиям ученых-экономистов. Но, к сожалению, рассматриваемая категория еще не стала предметом глубокого и всестороннего исследования. Она ждет своего исследователя.

В этой связи сформулируем ряд признаков экономической деятельности.

1. Экономическая деятельность есть разновидность общеполезной деятельности, которая представляет собой совокупность целенаправленных действий.

2. Субъектами экономической деятельности являются любые праводееспособные лица (физические, юридические), а также публичные образования (государство, субъекты РФ, муниципальные образования). Кроме того, в состав субъектов входят коллективные образования без статуса юридического лица (финансово-промышленные группы, холдинги, внешне обособленные подразделения и др.).

3. Данный вид деятельности осуществляется в сфере экономики. При этом экономика есть хозяйство, совокупность (система) средств, объектов, процессов, используемых людьми для обеспечения жизни, удовлетворения потребностей путем создания необходимых человеку благ, условий и средств существования с применением труда[\*(81)](#sub_9981).

4. При осуществлении экономической деятельности преследуются следующие основные цели: а) создание материальных и духовных (нематериальных) благ; б) удовлетворение разнообразных потребностей индивида (человека), членов общества и общества в целом.

5. Компенсация производимых материальных и других затрат производится за счет получаемого дохода.

Итак, экономическая деятельность является видом общеполезной (социальной) деятельности, осуществляемой в сфере экономики любыми праводееспособными лицами, а также некоторыми коллективными образованиями без статуса юридического лица, публичными образованиями в целях создания материальных и духовных (нематериальных) благ, удовлетворения разнообразных потребностей индивида (человека), членов общества в целом за счет получаемого экономического дохода[\*(82)](#sub_9982).

К сказанному добавим несколько слов о понятии "экономика". Во-первых, нельзя смешивать разнопорядковые явления: модель экономики и национальную экономику. Существуют страны с административно-командной моделью экономики, многоукладной экономикой, рыночной экономикой. В реальной действительности "чистая" экономика встречается крайне редко, будь то рыночная или командно-бюрократическая. Последняя малоэффективна, а потому недолговечна[\*(83)](#sub_9983). Например, страны с рыночной экономикой официально признаны таковыми. Но дело не только в этом (хотя данный факт имеет существенное значение). Государство с устойчивой рыночной экономикой использует наряду с рыночными механизмами иерархические механизмы управления. Однако при этом не происходит смешения абстрактных моделей экономик. О смешанной экономике можно говорить, на наш взгляд, в отношении государств переходного периода (российская экономика характеризуется, с одной стороны, сломом старой административно-командной системы, с другой - развитием рыночной экономики). Спорно утверждение о том, что для смешанной экономики характерно многообразие форм собственности и наличие двух регуляторов (рыночного и государственного). Смешанная (публично-частная) форма собственности - один из показателей смешанной экономики. Равным образом упрощенным выглядит взгляд на смешанную экономику через призму основных регуляторов.

Во-вторых, экономика - это национальное (читай: народное) хозяйство, совокупность его отраслей, где производятся материальные и духовные блага. Отрасли экономики с точки зрения характера общественного разделения труда и участия в создании совокупного общественного продукта и национального дохода разделяются на отрасли материального производства и непроизводственную сферу. К первой относятся все виды деятельности, создающие материальные блага в форме продуктов, энергии, перемещения грузов, хранения продуктов, сортировки, упаковки и других функций, являющихся продолжением производства в сфере обращения. Остальные виды деятельности, в процессе которых материальные блага не создаются, образуют в своей совокупности непроизводственную сферу деятельности. К сфере материального производства отнесены такие отрасли российской экономики, как промышленность, сельское хозяйство, транспорт и связь, строительство, торговля и общественное питание, материально-техническое снабжение и сбыт, информационно-вычислительное обслуживание и др. В состав непроизводственной сферы входят: жилищно-коммунальное хозяйство, здравоохранение, физическая культура и социальное обеспечение, образование, культура и искусство, наука и научное обслуживание и др.

Категория "экономическая деятельность" имеет не только теоретическое, но и большое практическое значение. Так, в силу п. 1 ст. 27 Арбитражного процессуального кодекса РФ[\*(85)](#sub_9985) (далее - АПК РФ) арбитражному суду подведомственны дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности. Термин "экономическая деятельность" используется, например, в ст. 13 Федерального закона от 25 июля 2002 г. N 115-ФЗ "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации"[\*(86)](#sub_9986), ст. 1 Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. N 948-1 "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках"[\*(87)](#sub_9987), п. 4 ст. 3 Налогового кодекса РФ. Глава 22 Уголовного кодекса РФ[\*(88)](#sub_9988) называется "Преступления в сфере экономической деятельности".

В отличие от понятия "предпринимательская деятельность" термин "экономическая деятельность" не раскрывается в действующем законодательстве. Законодатель предпринял лишь некоторые шаги к определению этого понятия в постановлении Госстандарта РФ от 6 августа 1993 г. N 17, которым утвержден Общероссийский классификатор видов экономической деятельности, продукции и услуг ОК 004-93 (в ред. от 1 февраля 2002 г.)[\*(89)](#sub_9989). В нем дается общее определение экономической деятельности как "процесса, сочетающего действия, приводящие к получению определенного перечня продукции". То есть, когда объединяются ресурсы (оборудование, рабочая сила, технологии, сырье и материалы) и производственный процесс для создания конкретных товаров и услуг. Даже на первый взгляд заметно, что данное определение страдает рядом недостатков. Непонятна фраза "процесс, сочетающий действия". Возникает вопрос: почему указанные действия должны приводить "к получению определенного перечня продукции"? Практически ставится знак равенства между понятиями "экономическая деятельность" и "предпринимательская деятельность".

Не менее сложным является вопрос об определении понятия "хозяйственная деятельность", особенно в современных условиях развития российского общества. В разное время ученые вкладывали различный смысл в содержание понятия "хозяйственная деятельность", причем как представители теории хозяйственного права, так и сторонники цивилистического правового регулирования общественных отношений[\*(90)](#sub_9990). Научные дискуссии не прекращаются до сих пор.

В настоящее время понятие "хозяйственная деятельность" можно рассматривать в широком и узком значениях. В первом случае хозяйственная и экономическая деятельность - это совпадающие понятия[\*(91)](#sub_9991). Те общественные (социальные) явления, которые в советский период времени назывались "хозяйственные отношения", "хозяйственные связи", "хозяйственная деятельность", сейчас приобрели иное звучание. Так, вместо словосочетания "народное хозяйство" используется понятие "национальная экономика". Соответственно термины "хозяйственные отношения", "хозяйственные связи" заменены на понятия "экономические отношения", "экономические связи". Более того, ряд ученых предлагает идею и научную теорию экономического права.

В узком значении термин "хозяйственная деятельность" означает деятельность хозяйствующих субъектов, направленную на изготовление и реализацию продукции, выполнение работ и оказание услуг стоимостного характера и ценовой определенности. Здесь понятия "экономическая деятельность" и "хозяйственная деятельность" соотносятся между собой, как род и вид. Именно такой позиции придерживается большинство исследователей проблем правового регулирования хозяйственной деятельности. Считается, что хозяйственной деятельностью могут заниматься не только субъекты предпринимательства (например, коммерческие организации), но и лица, не являющиеся предпринимателями.

Таким образом, предпринимательская и хозяйственная деятельность - это перекрещивающиеся понятия. Не всякая хозяйственная деятельность может считаться предпринимательской.

Понятия "предпринимательская деятельность", "торговая деятельность" - не синонимы. Известно, что процесс производства продукции (товара) в широком значении слова можно подразделить на отдельные этапы и виды деятельности: маркетинг (поиск и изучение рынка); проектирование и (или) разработка технических требований к продукции; подготовка и разработка производственных процессов; производство (в узком смысле); торговая (тоpгово-посpедническая, тоpгово-закупочная) деятельность; контроль, проведение испытаний и обследований; упаковка и хранение; монтаж и эксплуатация; техническое обслуживание; утилизация. Данные этапы и виды деятельности охватываются термином "жизненный цикл продукции", который получил легальное закрепление в российском техническом законодательстве и широко применяется на практике.

Обмен играет важную роль в производственном процессе. В экономической литературе было справедливо обращено внимание на производительность обмена. Равно как и производство, обмен также производителен, ибо способствует перемещению в пространстве благ таким образом, чтобы полнее удовлетворялись человеческие потребности и, следовательно, увеличивалось богатство общества[\*(92)](#sub_9992). Производительный характер обмена разрушает сложившийся в общественном сознании стереотип мышления о том, что торговцы "ничего не создают".

Итак, производственная и торговая (торгово-посредническая, торгово-закупочная) деятельность - это самостоятельные виды "жизненного цикла продукции". По своему экономическому содержанию торговля входит в стадию обмена продуктами труда.

В заключение считаем целесообразным выстроить соотношение между рассматриваемыми базовыми категориями в такой последовательности: экономическая (хозяйственная) деятельность - хозяйственная деятельность (в узком смысле) - предпринимательская деятельность - коммерческая (торговая) деятельность.

# Формы и виды предпринимательской деятельности

Предпринимательская деятельность неоднородна и может быть классифицирована по различным основаниям: виду деятельности, формам собственности, количеству собственников (учредителей) и др. Вопросу о классификации предпринимательской деятельности еще не уделено должное внимание. Вместе с тем он имеет большое практическое значение.

Форма - это классификационная единица. С точки зрения формы различают коллективное и индивидуальное предпринимательство. Коллективное предпринимательство осуществляется организациями со статусом юридического лица и без него (статуса). Индивидуальная форма предпринимательства есть предпринимательская деятельность граждан, осуществляемая без образования юридического лица (ст. 23 ГК РФ).

Используя такой критерий, как статус учредителя (учредителей), различают государственное, муниципальное и частное предпринимательство. Государственное (равно и муниципальное) предпринимательство возникает благодаря усилиям государства, субъектов РФ и муниципальных образований в лице соответствующих органов (гл. 5 ГК РФ). Частное предпринимательство создается частными лицами (физическими и юридическими). В экономической литературе государственное (публичное) и частное предпринимательство некоторые ученые относят также к основным формам предпринимательства[\*(93)](#sub_9993).

Виды предпринимательства. Прежде всего, с учетом жизненного цикла продукции необходимо выделить производственную, посредническую и финансовую предпринимательскую деятельность (предпринимательство в финансовой сфере)[\*(94)](#sub_9994). Так, в состав посреднической деятельности включены конкретные формы агентирования (брокерство, комиссия, делькредере, индент, консигнация), оптовое купечество (дистрибьюторство, дилерство, торговое маклерство, джобберство), посылторговское посредничество, торговое представительство (коммивояжерство, аукционерство), биржевое предпринимательство, риелторская деятельность.

Финансовое предпринимательство осуществляется кредитными организациями, страховыми организациями, инвестиционными фондами.

Наряду с этими видами предпринимательства в экономической литературе особо выделяют консультационное предпринимательство[\*(95)](#sub_9995).

Указанная классификация предпринимательства, на наш взгляд, полезна и перспективна. Данная градация предпринимательской деятельности приобретает и практический смысл. Так, в налоговом законодательстве в зависимости от вида предпринимательской деятельности (производственная, торговая, посредническая и др.) определяется размер налогов.

В зависимости от области применения предпринимательство подразделяется на предпринимательскую деятельность, осуществляемую в промышленности, капитальном строительстве, сельском хозяйстве, науке и т.д. Предпринимательская деятельность может осуществляться в производственной и непроизводственной сферах.

Предпринимательская деятельность не ограничена только рамками производства. Она осуществляется и в социально-культурной сфере (например, в области образования, культуры, здравоохранения). Так, учебные заведения (включая государственные учреждения) могут заниматься предпринимательской деятельностью.

Возможны и другие основания для классификации предпринимательской деятельности (например, по субъектам, организационно-правовым формам юридических лиц и др.). С учетом субъектного состава выделяют субъекты естественных монополий, малого и среднего бизнеса.

# Отношения в сфере предпринимательства

По поводу предпринимательской деятельности возникают различного рода общественные отношения. Предпринимательские (горизонтальные) отношения представляют собой имущественные отношения товаpно-денежного характера, в рамках которых осуществляется предпринимательская деятельность между субъектами предпринимательства либо между последними и гражданами. В сфере названных отношений находят удовлетворение производственные и иные потребности субъектов предпринимательства.

В свою очередь, предпринимательские (вертикальные) отношения складываются между управленческими органами и субъектами предпринимательства в процессе осуществления ими предпринимательской деятельности. Их содержание составляют организационные действия различных управленческих органов (антимонопольные, финансовые, налоговые органы, органы стандартизации, метрологии и др.)[\*(96)](#sub_9996).

Особую группу отношений, регулируемых действующим законодательством, образуют внутрифирменные (внутрихозяйственные) отношения. Они являются самостоятельной сферой правового регулирования предпринимательства. Эти отношения регулируются предприятиями (организациями) путем издания локальных правовых актов.

Именно эти три группы отношений и составляют предметное единство - сферу правового регулирования предпринимательской деятельности. Данные виды общественных отношений не просто разнородны (разнородность имеется и в гражданском праве, например между имущественными и личными неимущественными отношениями), они находятся в иерархическом соподчинении, зависимы друг от друга прямо или косвенно. Это обусловливает очень тесную, часто функциональную взаимосвязь между рассматриваемыми отношениями[\*(97)](#sub_9997).

И последний аспект. Внутрифирменные отношения также неоднородны. К их числу относятся отношения, складывающиеся по поводу правового статуса самого предприятия (организации), его структурных подразделений (цехов, отделов и др.). Обособленную группу образуют отношения принадлежности имущества структурным подразделениям предприятия, в том числе представительствам и филиалам.

Следующая группа отношений - внутрифирменные имущественные связи, которые возникают между структурными подразделениями предприятия в процессе осуществления хозяйственной деятельности. По своему экономическому существу они представляют собой отношения обмена результатами труда, разделенного в рамках предприятия между внутренними звеньями[\*(98)](#sub_9998). Указанные связи возникают в сфере непосредственного производства, а не в области товарно-денежного обращения.

Внутрифирменные управленческие отношения складываются между предприятием и его структурными подразделениями. В данной области осуществляется, например, внутрифирменное планирование и прогнозирование. Главная функция управления - выработка и принятие решений. Другими его функциями являются контроль, учет и анализ, которые предшествуют функции принятия решения.

Еще одну группу составляют отношения, которые связаны с правовым статусом учредителей (участников) предприятий. Соответствующие локальные (корпоративные) правовые акты регламентируют их права и обязанности, ответственность по долгам (обязательствам) предприятия.

Самостоятельное место в системе внутрифирменных отношений занимает организация правовой работы на предприятии. Она (организация) также регулируется актами локального действия.

Итак, можно подвести некоторые итоги. Во-первых, предпринимательская деятельность (предпринимательство) есть экономико-правовая категория. С позиции правового регулирования предпринимательство является законным видом экономической деятельности. Во-вторых, иерархия базовых категорий такова: экономическая (хозяйственная) деятельность - хозяйственная деятельность (в узком смысле) - предпринимательская деятельность - коммерческая (торговая) деятельность. В-третьих, предпринимательское право регулирует разнородные отношения в сфере экономики: предпринимательские горизонтальные и вертикальные, а также внутрифирменные (корпоративные). Указанные отношения образуют предметное единство. Коммерческое право есть составная часть предпринимательского права; та часть (совокупность правовых норм), которая осуществляет регулирование коммерческого оборота.

# Коммерческое право и предпринимательство (Пугинский Б.И.)

Проблема соотношения коммерции, коммерческого права и предпринимательства представляет значительную сложность для российской юридической науки. Причины этого - сравнительная новизна данных вопросов, традиционная оторванность правовой теории от практической сферы и терминологическая путаница в законодательстве. В силу большой значимости названной проблемы она требует специального разбора.

Нет нужды доказывать, что коммерция, т.е. торговля, представляет собой вид предпринимательской деятельности. Согласно ст. 2 Гражданского кодекса РФ (далее - ГК РФ) предпринимательской признается осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от использования имущества, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицом, зарегистрированным в установленном законом порядке. Таким образом, продажа товаров образует одно из направлений предпринимательства, являясь вместе с тем самостоятельной, не зависящей от других областью хозяйственной деятельности.

Торговая деятельность выполняет значимые экономические и социальные функции, отличающие ее от других видов предпринимательства. Она опосредует отношения обособленных товаровладельцев в условиях общественного разделения труда. Эти отношения развиваются через товарный рынок, куплю-продажу товаров. Торговля обеспечивает продвижение товаров от производителей к потребителям. Имеется ряд других функций, свойственных исключительно торговле.

Будучи одним из видов предпринимательства, коммерция не должна отождествляться с ним, так как не может замещать и обозначать все предпринимательство как таковое. Несостоятельны по своей сути попытки уравнять коммерцию и предпринимательство, представить их как равнозначные, тождественные явления. Ошибочность подобных воззрений делает невозможным развертывание на их основе продуктивных исследований, решение значимых научных и практических задач. По известной поговорке, если первая пуговица застегнута неправильно, то и все другие будут застегнуты неверно.

Также неприемлемо стремление отдельных ученых исказить сущность предпринимательства, чтобы отождествить его с коммерцией. В частности утверждается, что "в отличие от других видов экономической деятельности предпринимательская деятельность осуществляется как определенный продуктивно-созидательный процесс, складывающийся из повторяющихся систематических технологических (производственных) актов. Экономическая сущность предпринимательской деятельности заключается в создании продукта, обладающего потребительной и меновой стоимостью, и в реализации созданного продукта на рынке как товара"[\*(99)](#sub_9999). И далее делается вывод, что коммерческая деятельность по реализации продукта-товара является разновидностью предпринимательской деятельности. "Соответственно, коммерческое право - часть предпринимательского права"[\*(100)](#sub_99100).

Проблема, однако, в том, что предпринимательская деятельность не всегда является продуктивно-созидательным процессом, она не обязательно заключается в создании продукта, реализуемого на товарном рынке. Огромное множество видов предпринимательской деятельности заключается в выполнении разнообразных работ, оказании возмездных услуг, предоставлении в аренду имущества, операциях с денежными средствами и ценными бумагами и т.п.

Также и коммерческая деятельность вовсе не является продуктивно-созидательным процессом и не сводится к продаже товаров, создаваемых организациями-изготовителями. Коммерция возникла и развивалась как деятельность профессиональных торговцев-купцов и торговых сообществ. И поныне огромные объемы товаров реализуются оптовыми торговыми организациями, не участвующими в их производстве. Коммерция совпадает с иным предпринимательством лишь в нацеленности на систематическое получение прибыли. Из этого совпадения никоим образом не следует, что коммерческое право - часть предпринимательского права.

Понятно стремление автора приведенных цитат спасти ошибочную концепцию, отождествляющую предпринимательское и коммерческое право. Однако в любом случае полагается соблюдать общепринятые требования научной добросовестности, не допускать подмены и искажения используемых понятий.

Неосновательное уравнивание коммерции и всего предпринимательства препятствует выявлению особой роли коммерции в сфере экономики, роли, не свойственной другим видам бизнеса. Между тем эта роль является поистине выдающейся. Торговый оборот оказывает первостепенное, решающее влияние на все экономическое развитие. Как отмечал известный немецкий экономист В. Зомбарт, главным фактором, обеспечившим неслыханный успех капиталистической системы, служит "коммерциализация хозяйственной жизни". Она состоит в том, что благодаря рынку центр тяжести хозяйствования перемещается с непосредственного производства на торговые операции.

Осознание указанного обстоятельства крайне важно для страны, лишь недавно отказавшейся от административно-плановых методов регулирования экономики. Оно требует от науки разработки необходимых рекомендаций по совершенствованию торговой деятельности, в том числе на основе более четкого правового регулирования. Смешение коммерции с другими видами предпринимательства ведет к размыванию ее значимых свойств, создает препятствия для успешного развития товарных рыночных отношении.

Ни на чем не основанное расширение значения терминов "торговля" и "коммерция" вплоть до отождествления их со всяким предпринимательством допускается в законе и иных правовых актах. Так, ст. 50 ГК РФ предусмотрела разделение всех организаций на коммерческие и некоммерческие, т.е. торгующие и неторгующие. Подобная классификация противоречит ст. 34 Конституции РФ, которая говорит о праве граждан заниматься предпринимательской деятельностью, а не одной лишь коммерцией. Она не согласуется со ст. 2 ГК РФ, определяющей сущность предпринимательства. Подобное смешение важнейших исходных понятий служит одним из проявлений общего крайне низкого юридического качества Гражданского кодекса РФ.

Сходным образом Типовой закон об электронной торговле, принятый Комиссией ООН по праву международной торговли и утвержденный Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 16 декабря 1996 г. А/51/628 (сноска 5), предусматривает широкое толкование термина "торговые отношения", относя к ним любые торговые сделки на поставку товаров или услуг или обмен ими, дистрибьюторские соглашения, коммерческое представительство и агентские соглашения, факторинг, лизинг, строительство промышленных объектов, предоставление консультативных услуг, инжиниринг, куплю-продажу лицензий, инвестирование, финансирование, банковские услуги, страхование, соглашения об эксплуатации или концессии, совместные предприятия и другие формы промышленного или предпринимательского сотрудничества, перевозку товаров и пассажиров и др.

Такое употребление термина "торговые отношения" обусловлено целями экономичности изложения текста нормативного акта. Следует учитывать, что названный закон регулирует не собственно торговлю с использованием сети Интернет (электронную торговлю), а лишь вопросы передачи информации в форме сообщения данных при совершении любых экономических сделок. Вместе с тем игнорирование различий между сделками по поставке товаров и строительству промышленных объектов либо перевозке пассажиров способно породить неправильное понимание сущности собственно торговых отношений, повлечь недоразумения в практической работе и научных исследованиях.

Коммерческая деятельность, содержательное ядро которой составляют акты купли-продажи товаров, кардинально отличается от всех других видов предпринимательства. Главное отличие их в том, что существо обязанностей коммерсанта сводится к передаче на возмездной основе товара покупателю. Когда продавец одновременно является изготовителем, акту продажи предшествует процесс производства соответствующих изделий. В остальных случаях, а они составляют преимущественную часть, продаже предшествует закупка товара коммерсантом, т.е. такая же операция купли-продажи. Действия по продаже могут быть сопряжены с необходимостью транспортировки товара, его хранения, страхования, совершения иных операций, однако все они носят вспомогательный, сопутствующий характер по отношению к купле-продаже. Что касается других видов предпринимательства, то предоставление имущества в пользование, выполнение работ и оказание услуг отличаются от продажи товаров следующими существенными признаками:

1) они по большей части протяженны во времени, тогда как акты купли-продажи в силу экономических требований тяготеют к сокращению сроков их исполнения, к совмещению действий по передаче товара и оплате его стоимости;

2) акт купли-продажи объективно предполагает возможность совершения последующих действий с данным товаром, неоднократной его перепродажи, что, как правило, исключено для отношений по аренде имущества, выполнению работ, оказанию услуг. Возможность неоднократной перепродажи товаров позволяет оптовой торговле выполнять функцию распределения товарных ресурсов для обеспечения ими потребителей в разных регионах страны.

Сравнительно высокая скорость торговых операций обусловливает быстроту оборачиваемости торгового капитала, отсутствующую в других видах предпринимательства. Накопление в руках торговцев значительных денежных средств послужило основой развития промышленности, в том числе в России. Именно кредитование торговли обеспечило формирование банковского капитала, становление банковских учреждений. Показательно, что в настоящее время неспособность наладить устойчивое кредитование торговых организаций из-за крайнего несовершенства системы обеспечения возврата кредитов обрекает большинство отечественных банков на убогое существование.

Будучи первым исторически развившимся видом предпринимательства, торговля обусловила появление коммерческого права как основы и одной из отраслей частного права. Последнее своим возникновением и развитием обязано торговле. К. Маркс характеризовал римское частное право как "отличающееся непревзойденной по точности разработкой всех существенных правовых отношений простых товаровладельцев"[\*(101)](#sub_99101).

Торговля требует упорядоченности, соблюдения общих правил ее ведения, защиты со стороны государства. Наиболее удобно это организовать, используя правовое регулирование. Правосозидающая функция имманентна, внутренне присуща торговле, она проявляется во все времена и с развитием последней лишь усиливается. Коммерция не просто органично связана с правом, она непосредственно и активно влияет на его развитие.

Регулярная повторяемость, масштабность и значимость торговых операций в сочетании с их специальным характером привели к возникновению и распространению в качестве основных источников коммерческого права обычаев торгового оборота и морских обычаев. Обычаи формировались в купеческих сообществах, например в Ганзейском союзе, или в крупных торговых центрах, как это было в итальянской Ломбардии. В процессе осуществления внешнеторговых связей в силу необходимости учета торговых обычаев, существующих в разных регионах, происходили их заимствование и унификация. Система обычаев торгового права именовалась купеческим правом, или lex mercatoria.

Наиболее значимые положения обычного права получали закрепление в актах национального законодательства. Это наглядно прослеживается почти во всех правовых памятниках, в том числе Древней Руси. Так, Русская Правда - крупнейший и важнейший памятник древнерусского государства - наряду с нормами уголовного права и процесса содержала группу норм торгового права. В ней, в частности, получило урегулирование торговое кредитование. Закрепление отдельных требований торгового оборота можно проследить в Псковской Судной грамоте и Соборном уложении 1649 г.

Вместе с тем Соборное уложение ограничило участие в торговой деятельности крестьянства, составлявшего основную часть населения страны. Наряду с Городским положением, изданным Екатериной II в 1785 г. и предусматривавшим сословный характер торговой деятельности, оно на значительное время затормозило развитие отечественной торговли.

Здесь важно отметить, что никакой другой вид предпринимательства даже в малой степени не может сравниться с коммерцией по своей роли в становлении и развитии частного права. Лидирующий характер коммерческого права, свойственный ему новаторский дух обеспечили его решающее влияние на частное право в целом. На основе обычаев торгового оборота сформировались многие правовые конструкции и институты частного права. По выражению известного английского ученого-юриста В. Ансона, "договорное право является детищем торговли"[\*(102)](#sub_99102). Это означает, что главное регулирующее средство частного права - договор - возникло и получило развитие под влиянием потребностей торгового оборота. Торговле человечество обязано возникновением таких ныне общераспространенных инструментов, как вексель, чек, коносамент, варрант и др. Для обслуживания торговли были разработаны договорные институты перевозки грузов, экспедирования, страхования, посредничества, комиссии и др.

Для уяснения соотношения коммерческого права и предпринимательства целесообразно проследить переход от использования системы торговых обычаев к регулированию коммерческой деятельности на основе торговых кодексов. Данный процесс был связан с укреплением государственного суверенитета стран, стремлением власти законодательно урегулировать эту важную сферу экономической жизни. В XIX в. в Западной Европе, Южной Америке, Юго-Восточной Азии произошла кодификация торгового и гражданского законодательства. При этом торговые кодексы, воспринимая обычаи торгового права, регулировали исключительно торговлю либо обслуживающие ее виды деятельности: перевозку, хранение, страхование и др. Что касается иных видов предпринимательства, то они оказывались урегулированными гражданским законодательством.

Показательно, что многие правовые конструкции и договорные институты, выработанные в сфере коммерческого права, в процессе кодификации были заимствованы гражданским правом. В результате они стали применяться также в других областях предпринимательства и даже в отношениях с участием граждан. Коммерческое право, в свою очередь, использует общие положения гражданского права (о праве собственности, сроках, способах защиты прав и др.). Вместе с тем при возникновении особенностей, диктуемых потребностями торгового оборота, соответствующие положения гражданского права приспосабливаются к этим потребностям. Данное явление получило название "коммерциализация гражданского законодательства".

Активное развитие коммерческого права под влиянием постоянно изменяющихся потребностей торговли обусловило его более прогрессивный, динамичный характер по сравнению с гражданским правом, характеризующимся статичностью и формализмом. Указанные процессы еще в начале XIX в. исследовал английский философ и юрист И. Бентам. Он отмечал, что торговля требует непрерывного расширения рынка и увеличения продаж. Поэтому она всегда стремится вперед, к изменению установившихся правил и порядков. Подобные внутренние факторы непрестанного обновления совершенно не свойственны гражданскому праву.

Одновременное существование торговых и гражданских кодексов, обозначаемое как дуализм частного права, не приостановило дальнейшего самостоятельного развития коммерческого права. Это развитие в настоящее время протекает по следующим направлениям:

1) совершенствование торговых кодексов с учетом современных требований и принятие новых кодексов;

2) развитие системы современных торговых обычаев;

3) преодоление национальных рамок торгового законодательства под влиянием процесса глобализации мировой торговли.

В торговые кодексы регулярно вносились и вносятся изменения, диктуемые условиями торгового оборота. Так, ряд изменений внесен в 1998-2002 гг. в Германское торговое уложение. Франция в 1999 г. приняла новый торговый кодекс взамен действовавшего с 1807 г. Изменения касаются кодексов, не только принятых в XIX в., но и современных. К примеру, в Единообразный торговый кодекс США за истекшие полвека шесть раз вносились существенные изменения и дополнения.

Наряду с совершенствованием прежних издаются новые торговые кодексы. В последние полвека 12 стран приняли отдельные торговые кодексы (Турция - 1956 г., Корея - 1962 г., США - 1962 г., Чехия - 1991 г., Словакия - 1991 г., Эстония - 1995 г. и т.д.), и этот процесс продолжается.

Активно формируются современные обычаи торгового оборота, получившие название нового lex mercatoria. Отличительной чертой этого процесса служит то, что создание нового lex mercatoria обеспечивается прежде всего усилиями авторитетных общественных организаций: Международной торговой палаты, Римского института УНИДРУА, Комиссии ООН по праву международной торговли и др. Новые торговые обычаи предназначены для применения всеми субъектами, участвующими в коммерческой деятельности. Здесь следует назвать Международные правила по толкованию торговых терминов (ИНКОТЕРМС), типовые дистрибьюторские и агентские соглашения, правила об аккредитивах, чеках, инкассо и др. Документированные торговые обычаи оказывают существенное влияние на гармонизацию национального торгового права, определяют тенденции его развития.

В условиях интенсивного роста мировой торговли, объемы которой за последние 30 лет увеличились более чем в пять раз, обнаружился сдерживающий характер национального права. Сформировавшаяся в XX в. система коллизионных правил, протекционистский характер национального торгового законодательства стали ограничивающими развитие мировой торговли факторами. Для преодоления этих препятствий разрабатываются специальные правовые документы. Главной их особенностью является отказ от детального нормативного регулирования обязательственных отношений и переход к регулированию прежде всего на основе сложившихся общих принципов коммерческой деятельности (добросовестность, взаимное содействие и др.). Такой подход позволяет преодолевать расхождения национального права.

К числу наднациональных правовых документов относятся Принципы европейского договорного права, разработанные комиссией Института Европейского университета. В 2002 г. завершена разработка трех частей этого документа[\*(103)](#sub_99103). Он характеризуется высокой степенью учета наиболее важных действующих положений международного и национального торгового права. Сходную роль призван играть Свод принципов, правил и стандартов lex mercatoria в редакции 2003 г., подготовленный группой видных ученых-юристов Центра национального права (ФРГ)[\*(104)](#sub_99104). Свод является тщательно разработанной системой принципов и норм торгового права, рассчитанных на широкое применение.

Следует отметить, что названные документы разрабатывались под влиянием потребностей современного торгового оборота, процесса глобализации мировой торговли. Вместе с тем они призваны содействовать улучшению правового регулирования имущественного оборота в целом, т.е. и других областей предпринимательской деятельности. Так, Принципы европейского договорного права первоначально создавались как проект Европейского единообразного торгового кодекса, однако в процессе подготовки получили более широкую интерпретацию.

Если вернуться к российскому коммерческому праву, то можно констатировать, что его развитие было серьезно замедлено с ХVII в. до середины XIX в. Однако оно характеризуется теми же закономерностями, что и на Западе. Правовые конструкции и институты, первоначально предназначавшиеся для регулирования торговли, в дальнейшем заимствовались гражданским правом для всего имущественного оборота. Так, это происходило с торговыми обществами (компаниями), векселями (именовавшимися купеческими бумажными деньгами), несостоятельностью торговцев и др.

Изучение показывает, что слабость, свойственная российскому торговому праву, в равной степени была присуща и праву гражданскому. По справедливому замечанию А.И. Каминки, те, кто отрицает возможность и необходимость существования особого торгового права, ссылаясь на наше прошлое, легко могут убедиться, обратившись к истории наших законов, что с таким же основанием можно говорить и о том, что у нас нет надобности в особой системе гражданского права[\*(105)](#sub_99105).

Теперь о соотношении предпринимательства и предпринимательского права. Немаловажен вопрос времени появления самих этих терминов. В "Толковом словаре живого великорусского языка" В.И. Даля, изданном в I860 г., слово "предпринимательство" вообще отсутствует, а предпринимателем называется человек, предпринявший, затеявший какое-либо новое дело. Слово "предприниматель" в значении "капиталист", "владелец предприятия" да и сам термин "предпринимательство" появляются в русском языке лишь в первой трети ХIX в.

Если коммерческое право сформировалось исторически как отрасль частного права и имеет многовековую историю, то предпринимательское право является искусственным образованием. Оно создано и существует лишь в сфере правовой науки и обучения, причем срок его существования насчитывает полтора десятка лет. Первые предложения о разработке подобной концепции были высказаны в начале XX в. Так, В.А. Удинцев в "Курсе русского торгово-промышленного права" предложил выделить все нормы о торговой и промышленной деятельности, находящиеся в законах государственного, административного, процессуального, уголовного, финансового и гражданского права[\*(106)](#sub_99106). При этом изучение торгово-промышленного права предполагалось без различения частного права и публичного, поскольку такое разделение рассматривалось им как условное.

Эти предложения не получили распространения, поскольку, как отмечалось рядом ученых, подобные разработки могли носить только справочный характер. Примером их практической реализации может служить "Настольная книга хозяйственного руководителя по законодательству" (изд. 1985 и 1989 гг.).

Возникновение предпринимательского права как самостоятельного направления в правоведении датируется 1990-1991 гг. Хотя его сторонники объявляют предпринимательское право продолжением теории хозяйственного права, это нельзя признать верным. Хозяйственное право было непосредственно связано с конкретным историческим периодом существования советского государства и свойственными этому периоду методами управления и правового регулирования экономики. Что касается содержания предпринимательского права, то оно кардинально отличается от права хозяйственного. В учебники и вузовские программы по предпринимательскому праву включаются положения современного гражданского и административного права, относящиеся к регулированию основных видов предпринимательства. Этих положений не было и не могло быть в хозяйственном праве.

Концепция и направления развития науки коммерческого права в России, несмотря на вынужденный 70-летний перерыв, являются достаточно целостными, последовательными и не вызывают существенных разногласий. Они корреспондируют зарубежной юммерциалистике, имеющей более чем трехвековую историю.

С предпринимательским правом дело обстоит иначе. Достаточно ознакомиться со статьей одного из ведущих разработчиков этой доктрины А.Г. Быкова "О содержании курса предпринимательского права и принципах его построения", чтобы убедиться, что предпринимательское право пока лишь ищет "то специфическое, что характеризует именно предмет предпринимательского права"[\*(107)](#sub_99107). Самим А.Г. Быковым в этой связи предлагаются достаточно интересные концептуальные идеи, развитие которых, по его мнению, позволит построить внутренне непротиворечивую науку предпринимательского права. Такие задачи быстро не решаются, и теории предпринимательского права предстоит долгий путь становления.

В завершение хотелось бы отметить следующее. В настоящее время более 70 стран, т.е. свыше трети государств мира, имеют наряду с гражданскими самостоятельные торговые кодексы. В большинстве своем это высокоразвитые страны, население которых относится к так называемому золотому миллиарду. В последние полвека 12 государств приняли торговые кодексы, этот процесс особенно активно протекал в последние 15 лет. Разработка проектов торговых кодексов в настоящее время ведется в ряде стран. Торговые кодексы порой существенно различаются между собой, однако они имеют общее ядро - регулирование торговых операций, коммерческой деятельности. Почти в 40 странах общей системы права также имеются законы, в том или ином объеме регламентирующие торговые отношения.

Отсутствие торговых кодексов или специального торгового законодательства - признак и удел в основном экономически слаборазвитых стран. Поэтому когда отдельные группы цивилистов выступают с невежественными и интриганскими нападками на коммерческое право, а некоторые представители теории предпринимательского права пытаются втянуть коммерческое право в свои путаные, несформировавшиеся построения, они намеренно или невольно вталкивают Россию в круг стран третьего мира.

# Государственное регулирование экономики и дискуссия о коммерческом праве (Нефедов Д.В.)

Коммерческое право вот уже многие годы является ареной самых ожесточенных научных дискуссий. Десятилетия представители разных школ были вовлечены в спор о понятии хозяйственного, коммерческого права и его месте в системе права. За это время сформировалось несколько основных научных школ, которые на протяжении многих лет последовательно отстаивали свои взгляды.

Сразу после революции этот спор определяли исключительно идеологические установки, которые партия диктовала науке. В это время работы многих ученых носили заказной характер и были направлены только на то, чтобы оправдать амбиции нового пролетарского руководства. Именно в это время формируются два основных направления в теории хозяйственного права, которые позже превратились в самостоятельные научные концепции: цивилистическую и хозяйственно-правовую. Первоначально спор между ними носил только политический характер. Цивилисты говорили о возможности использования в условиях новой социалистической экономики инструментов частного права и отстаивали идею универсальности частного права. Эта теория была довольно консервативной и допускала развитие старых частных институтов в новых политических условиях[\*(108)](#sub_99108).

Их научные оппоненты рассматривали гражданское право исключительно как отмирающее буржуазное право и выдвигали тезис о необходимости его замены на новое хозяйственное, промышленное право, ориентированное преимущественно на государственное регулирование[\*(109)](#sub_99109). Новое хозяйственное право противопоставлялось старому гражданскому праву с его устаревшими представлениями об экономических и социальных ценностях. Эти неразрешимые уже на ранних стадиях противоречия двух школ в дальнейшем развивались, что и приводило к развитию взглядов самих школ. В то время тесная связь научной теории с политикой имела целый ряд негативных последствий, поскольку принятие партией нового курса в экономике заранее диктовало победу и определенной научной школы. Так, если в послереволюционные годы основным был тезис о необходимости жесткого государственного регулирования экономикой, то его своеобразным эхом в праве были набиравшие вес идеи хозяйственно-правовой школы. В период нэпа, наоборот, заметно преобладали идеи цивилистической школы, которая, вобрав в себя известный опыт дореволюционного регулирования, успешно применила его в новых экономических условиях и при новой идеологии. Позже, в конце 20-х гг. XX в., новый курс партии на свертывание частной экономической свободы и развитие государственного планирования привел к политической расправе с цивилистической школой и в науке опять возобладали идеи хозяйственного права.

Дальнейшее развитие экономики столкнулось со значительными проблемами реализации на практике принципов плановой экономики. Многочисленные ошибки и идеологические перегибы привели хозяйственное право к необходимости в предвоенный период опять возобновить спор по основным теоретическим вопросам. При этом если раньше позиция цивилистов в данном споре была заранее проигрышной, то теперь было достигнуто определенное равновесие сил, в первую очередь благодаря тому, что новые представители цивилистической школы стали высказываться весьма осторожно по поводу основных идеологических вопросов, а их мнения стали облекаться в особую для того времени лояльную партии форму. В результате принятия участниками спора этих правил дискуссия о природе хозяйственного права скоро стала носить действительно научный характер, что и обеспечило ей дальнейшее развитие.

На этом общем благоприятном для научных исследований фоне происходило формирование уже более сложных представлений о хозяйственном праве. Важной предпосылкой и основной научной базой развития хозяйственной теории стали выводы, сделанные в ходе другой важной дискуссии о критериях выделения отраслей права. После долгих научных споров большинство ученых наконец согласилось с тем, что самостоятельная отрасль права обязательно обладает своим предметом и своим методом правового регулирования. Теория хозяйственного права немедленно взяла эту идею на вооружение, в результате чего возник принципиальный вопрос о возможности выделения хозяйственного права в качестве самостоятельной отрасли.

Ответ на этот вопрос опять разделил всех ученых на два научных лагеря: цивилистов и хозяйственников, хотя их выводы в сравнении с предшественниками на новом этапе спора существенно изменились, а высказываемые аргументы приобрели большую определенность.

Сторонники цивилистической концепции с самого начала отрицали существование хозяйственного права в качестве самостоятельной отрасли и рассматривали его только как часть гражданского права. Не отрицая при этом необходимости государственного регулирования экономики, они утверждали, что государственное вмешательство в сферу частных интересов требует юридического оформления за пределами Гражданского кодекса, и объясняли это тем, что такие нормы принципиально отличаются от норм гражданского права. Они всегда утверждали, что отношения, возникающие в процессе непосредственного осуществления хозяйственной деятельности, являются составной частью предмета гражданского права и регулируются как специальными, так и общими его нормами. При этом специальные нормы имеют приоритет, и общие гражданские нормы применяются лишь при отсутствии соответствующих специальных норм[\*(110)](#sub_99110).

Сторонники хозяйственно-правовой концепции настаивали на самостоятельности хозяйственного права в системе права и говорили о том, что здесь налицо все квалифицирующие отрасль права признаки. Сегодня, как и прежде, сторонники хозяйственного права включают в предмет этой отрасли не только предпринимательские отношения, но и отношения некоммерческие и даже отношения по государственному регулированию экономики и утверждают, что эти отношения обладают единством. Эти выводы имели самое непосредственное влияние на практику, поскольку в своем большинстве хозяйственники настаивали на принятии особого нормативного акта - Хозяйственного кодекса, который бы объединил нормы различных отраслей права, регулирующие как имущественно-стоимостные, так и организационно-управленческие отношения в экономике. Идея создания такого акта требовала изъятия из Гражданского кодекса норм, регулирующих хозяйственные отношения, и размещения их в Хозяйственном кодексе, исключая тем самым возможность применения к хозяйственным отношениям общих гражданско-правовых норм. Такой передел Гражданского кодекса на практике закреплял идею формирования новой отрасли права[\*(111)](#sub_99111).

В конце 40-х гг. ХХ в. в теории хозяйственного права возникло абсолютно новое направление, которое можно условно назвать комплексным. Его родоначальником стал проф. В.К. Райхер, который, исследуя страховую деятельность, сделал вывод о существовании, помимо основных, комплексных отраслей[\*(112)](#sub_99112).

Результаты этих выводов были немедленно взяты на вооружение и позднее получили развитие в трудах проф. С.С. Алексеева, который отстаивал идею многомерности системы права, и особенно проф. Ю.К. Толстого, в работах которого понятие комплексности законодательства оформилось в глубокую научную теорию[\*(113)](#sub_99113).

Следующая вспышка спора о хозяйственном праве произошла в конце 80-х гг. ХХ в., накануне "перестройки", когда преобладающее место в теории стала занимать хозяйственно-правовая концепция. Ее позиция в науке была господствующей, никем не оспаривалась и всячески поддерживалась государством, в то время как мнение цивилистов оставалось практически не услышанным. При этом, как ни странно, легальной, закрепленной в законодательстве точкой зрения была цивилистическая, и при всем желании хозяйственников принять Хозяйственный кодекс эта идея так и не была реализована. Что касается идеи комплексности, то в это время взгляды ее сторонников были весьма противоречивыми, что только создавало общий позитивный фон для одобрения руководством страны идей хозяйственно-правовой школы. Эти приоритеты были обозначены столь очевидно, что непринятие в конце 80-х гг. ХХ в. Хозяйственного кодекса СССР было абсолютной случайностью.

Все изменила "перестройка". Происшедшие вдруг изменения политических ценностей, глубинная, на уровне основ перестройка всей экономики и правовой системы внесли в соотношение сил на арене научных споров серьезные коррективы. Сначала на некоторое время все дискуссии о теоретических проблемах хозяйственного права отошли на второй план и уступили место практике, которая, не имея возможности опереться хотя бы на одну из предложенных советским правом теорию, интуитивно выбрала цивилистическую концепцию, а развитие хозяйственно-правового направления было приостановлено, поскольку сама мысль о государственном регулировании экономики в то время звучала противоестественно, особенно на фоне постоянных рыночных перемен. Мнение представителей комплексного направления также не имело существенного значения, поскольку в условиях кризиса любая неопределенность и сложность правовой конструкции или научной теории становятся абсолютно ненужными. Таким образом, с конца 80-х до середины 90-х гг. ХХ в. в теории и на практике наблюдалось господство цивилистических идей, но уже в это время постепенно начинают набирать силы новые направления в науке, что характерно именно для современного этапа дискуссии по проблемам хозяйственного права.

В качестве основных черт этого этапа можно назвать следующие. В наше время активно развиваются исследования в области общей теории права, которые являются базой для многих прикладных исследований в рамках конкретных отраслей права. Одно из таких направлений - это изучение проблем дуализма права и дуализма частного права. Глубокое изучение этого вопроса привело к тому, что прежние представления о системе права существенно изменились. Так, если раньше теория права строилась на известном высказывании Ленина о том, что "мы ничего "частного" не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правое, а не частное"[\*(114)](#sub_99114), то в настоящее время ученые все больше говорят о необходимости взаимодействия частного и публичного в праве. Эти представления внесли существенные коррективы и в систему права. Если раньше ученые исходили из того, что система права состоит из многих отраслей, то в настоящее время активно развивается идея о том, что отраслей права существует только две: публичное и частное право[\*(115)](#sub_99115). Кроме внесения общего позитивного заряда эти исследования возвратили правовую науку в лоно прежних, дореволюционных представлений о системе права, что обеспечило преемственность русской школы.

Далее современная теория столкнулась с проблемой толкования самого понятия "хозяйственное право". Стало очевидным, что ученые неодинаково понимают и используют этот термин. В теории приобрели одновременное хождение такие понятия, как "хозяйственное право", "коммерческое право" и "предпринимательское право". Так, например, в МГУ существуют три кафедры, исследующие аналогичные проблемы: это кафедра гражданского права, которая традиционно стоит на цивилистической точке зрения и отрицает существование хозяйственного или предпринимательского права; кафедра предпринимательского права, которая продолжает отстаивать хозяйственно-правовые идеи[\*(116)](#sub_99116), и, наконец, кафедра коммерческого права, которая, разделяя идеи дуализма гражданского права, настаивает на самостоятельном существовании отрасли коммерческого права, которое является современным аналогом торгового права. Коммерческое право в таком понимании объединяет гражданские нормы, регулирующие предпринимательские отношения, и рассматривает предмет коммерческого права достаточно узко, сводя его исключительно к отношениям, возникающим в процессе оптовой и розничной торговли либо только к ограниченному кругу договорных отношений. Критерием же выделения такой отрасли стал не единый предмет и метод правового регулирования, а субъектный состав специфических предпринимательских отношений[\*(117)](#sub_99117).

Многие ученые продолжают использовать в своих работах термины "хозяйственное право" и "хозяйственное законодательство" в их прежнем понимании, настаивая на том, что это точнее отражает сущность явления[\*(118)](#sub_99118).

В Санкт-Петербурге также сложилось особое, основанное на прочном фундаменте петербургской цивилистической школы представление о коммерческом праве, суть которого заключается в том, что оно не является самостоятельной отраслью права и представляет собой только часть гражданского права[\*(119)](#sub_99119).

Важной приметой времени можно назвать и особый примиренческий подход в таких исследованиях, суть которого в том, что сам этот спор сегодня неактуален. Сторонники такой точки зрения утверждают, что существуют другие, более важные проблемы, например проблемы правоприменительной практики, которые и нуждаются в первоочередном освещении. В таких работах обсуждаются исключительно новеллы законодательства, и тем самым они всегда находятся в гармонии с официальной государственной политикой[\*(120)](#sub_99120). Такой подход настолько лоялен к чужому мнению, что не исключает возможности сосуществования даже противоположных взглядов. Лозунг "пусть растут все цветы" все чаще становится лейтмотивом конференций по проблемам коммерческого права[\*(121)](#sub_99121). Вместе с тем следовать этому лозунгу в реальной жизни невозможно, особенно если речь идет, например, об одновременном использовании на практике двух антагонистических школ.

Таким образом, мы видим, что спор о природе коммерческого права и его месте в системе права не завершен и поныне. Конечно, острота научной полемики сегодня вряд ли может сравниться с тем накалом страстей, который наблюдали в 20-е, 40-е или, например, 70-е гг. ХХ в., и тем не менее эта дискуссия продолжает быть актуальной. Хотя уже при первом взгляде на современное состояние таких споров обнаруживается, что сегодня они ведутся очень вяло, а представители разных школ и направлений, не предлагая ничего нового, часто повторяют уже высказанные их предшественниками аргументы.

Вместе с тем, как верно отмечает проф. В.Ф. Попондопуло, "вопрос о соотношении частного, в том числе коммерческого, и публичного права не является только теоретическим вопросом. Он имеет важное практическое значение, поскольку от его решения зависят пределы государственного вмешательства в частную жизнь, в экономическую и иные сферы жизни общества"[\*(122)](#sub_99122). Учитывая это, в качестве основной задачи современных исследований можно назвать поиск новых подходов к разрешению теоретических противоречий. И если раньше основной задачей ученых была разработка необходимых аргументов в поддержку взглядов своей школы, то сегодня эта задача уже выполнена и следующая цель заключается не в накапливании количества таких аргументов, а в выяснении причин существующих противоречий.

Безусловно, это более сложная задача. Для ее решения оставим на некоторое время известные всем аргументы в дискуссии о понятии коммерческого права и сделаем предметом исследования саму дискуссию. Первое, что обращает на себя внимание, это цикличность дискуссии. При внимательном ее изучении мы замечаем, что этот спор существует не постоянно, а вспыхивает, казалось бы, вдруг, но с известной периодичностью. Именно эта цикличность заставляет нас задуматься над объективными причинами, лежащими в основе дискуссии.

Важно и то, что научное противостояние всегда происходило здесь между позициями той или иной школы. Научная школа, как дорожная колея, позволяла ее представителям с самого начала прогнозировать свои выводы и давала им возможность пользоваться аргументами, высказанными предшественниками. Такую ситуацию в науке нельзя назвать чем-то исключительным, ведь преемственность взглядов, собственно, и характеризует такое понятие, как научная школа. Вместе с тем этот подход не лишен недостатков, и мы должны это учитывать.

Прежде всего следует обратить внимание на время возникновения большинства современных научных теорий, ведь далеко не секрет, что все основные течения в доктрине коммерческого права зародились в условиях социалистической экономики и были ориентированы на обслуживание планового социалистического хозяйства. Если пытаться сегодня только приспособить их к нынешним условиям, наука лишится важных перспектив развития. Безусловно, революционные преобразования, которые произошли в России в конце ХХ в., должны не только формально найти отражение в споре о природе коммерческого права, но в первую очередь затронуть сущность таких споров.

Исходя из этого, можно заключить, что основным недостатком современной дискуссии о природе коммерческого права следует считать статичность аргументов, основанных на неизменности системы права. Такой подход, возможно, был оправдан в условиях социалистической экономики с ее легкими организационными рокировками. Незначительные изменения экономической политики никогда не приводили здесь к пересмотру ее основ, таких, например, как отношения социалистической собственности или монополия государства на многие виды деятельности. Однако в настоящее время эволюция теоретических взглядов на природу коммерческого права в рамках сложившейся научной традиции невозможна, и для их дальнейшего развития следует подвергнуть критике представление о статичности коммерческого права. Как любая отрасль законодательства, коммерческое законодательство подвержено изменениям, которые неизбежно и закономерно происходят в определенном направлении. Эти изменения могут быть как формальными, так и сущностными.

Здесь важно вспомнить о том, что в ходе дискуссии о проблемах хозяйственного права проф. О.А. Красавчиковым была высказана важная идея о необходимости различать такие понятия, как отрасль права и отрасль законодательства, при том что эти явления могут иметь одинаковое название[\*(123)](#sub_99123). Например, гражданское законодательство и гражданское право (отрасль права) серьезно отличаются друг от друга. Отрасль права является совокупностью особых специфических норм, регулирующих однотипные по своей природе общественные отношения. Она носит объективный характер и поэтому не зависит от воли людей, государства или законодателя. Что же касается отрасли законодательства, то это не что иное, как совокупность нормативных актов, явление по своей сущности производное от отрасли права и всегда субъективное. Если исходить из этих теоретических предпосылок, то приходим к выводу о том, что динамика законодательства, как вторичное по отношению к отрасли права явление, только внешне выглядит как произвольный процесс. На самом же деле, если рассматривать не отдельные изменения нормативных актов, а их общую трансформацию на значительных временных отрезках, то мы видим, что она закономерна и находится под влиянием объективных изменений в системе отраслей права.

Но что же лежит в основе динамики отраслей права? Понятно, что причина находится не внутри, а вне этого явления. Если исходить из того, что предметом отрасли права являются специфические общественные отношения, то тогда именно они, общественные отношения, определяют динамику законодательства. И вывод, к которому мы можем прийти, следующий: динамика экономических отношений непосредственно влияет на динамику коммерческого законодательства.

Но какие именно это экономические отношения? Ответ на данный вопрос довольно сложен, и исследовать его подробно в рамках настоящей статьи невозможно, именно поэтому воспользуемся результатами собственных наблюдений. На характер коммерческого законодательства принципиальное влияние оказывают публичные отношения по государственному регулированию экономики. Воздействие государства на экономику может осуществляться с различной степенью интенсивности: от полного невмешательства до тотального руководства, как, например, в условиях планового управления. И именно степень государственного воздействия в конечном итоге определяет изменения, происходящие в отраслях права и, следовательно, в коммерческом законодательстве. Особенно наглядны в этом плане так называемые переходные периоды, когда изменение государственного влияния на экономику и перемены в коммерческом законодательстве проявляются наиболее ярко. Россия в прошлом веке пережила по крайней мере два таких этапа. Один из них был связан с укреплением влияния государства на экономику, а другой - с ослаблением такого влияния.

Если воспользоваться полученными выводами, то становится ясна причина, по которой в теории коммерческого права постоянно возникают дискуссии по основным теоретическим вопросам. Очевидно, что время наиболее острых дискуссий совпадает с периодом изменения интенсивности государственного воздействия на экономику. В этих условиях теория коммерческого права, стараясь приспособиться к новым политическим требованиям, пытается оправдать политику государственного вмешательства в экономику или, напротив, объясняет необходимость снижения такого вмешательства.

Таким образом, возникновение очередной волны дискуссии о месте коммерческого права в системе права является не чем иным, как реакцией науки на очередное изменение характера государственного воздействия на экономику.

# Раздел II. Проблемы отдельных институтов коммерческого права

# Некоторые вопросы соотношения экономики и права: отражение интересов частного капитала в законодательстве о предпринимательской и иной экономической деятельности (Лебедев К.К.)

Изучение закономерностей взаимодействия экономики и права является одной из важнейших задач и одним из направлений юридической науки, ибо только на основе познанных закономерностей могут быть выработаны обоснованные рекомендации для законотворчества и правоприменительной практики. Проблемы взаимодействия экономики и права исследуются в коллективных и индивидуальных работах преподавателей и аспирантов кафедры коммерческого права юридического факультета СПбГУ.

Взаимодействие экономики и права проявляется во многих аспектах и на самых различных уровнях. Соотношение экономики и права есть соотношение двух социальных макросистем, неотъемлемо присущих человеческой цивилизации и эволюционирующих вместе с ней на протяжении всей истории человечества.

Экономика как макросистема - это совокупность отношений по производству, распределению и потреблению продуктов, предназначенных для удовлетворения материальных и духовных потребностей людей. Эти отношения, называемые производственными или экономическими, включают в себя, помимо имущественных и организационных взаимосвязей между их участниками, производительные силы (технологии, оборудование, другие основные и оборотные производственные фонды), рабочую силу и финансовый капитал.

Основоположники исторического материализма подчеркивали независимость совокупности производственных (экономических) отношений, выступающей как предпосылка и результат человеческой деятельности, от сознания и воли людей. Но речь идет не об абсолютной независимости, а о пределах и возможностях сознательного целенаправленного воздействия на экономику. Особенность экономики как макросистемы, как совокупности производственных отношений заключается в том, что ее состояние и развитие определяется многими факторами объективного и субъективного порядка, в том числе сознательным и целенаправленным воздействием со стороны людей. Главным субъектом воздействия на экономику является государство; инструментами воздействия, имеющимися в распоряжении государства, являются экономическая политика (суть государственное регулирование) и законодательство (суть правовое регулирование).

Если экономическая политика (государственное регулирование) сводится в основном к нормированию, т.е. к установлению различных экономических критериев и показателей: налоговых ставок, сборов и пошлин, цен и тарифов, бюджета и т.д., то правовое регулирование - это установление определенного порядка предпринимательской и иной экономической деятельности и определенного порядка экономических (производственных) отношений, имеющих имущественное и организационное содержание.

Право состоит из совокупности правовых норм, образующих правовые институты и другие структурные подразделения системы права. Как макросистема право определяется экономикой, ее структурой. Но право не является зеркальным отражением (копированием) экономических отношений. Последние переводятся в правовые понятия в "снятом" (почти точном) или "преломленном" виде, но остаются сущностью правовых отношений, наполняя их экономической субстанцией. Субъективная сторона права заключается в том, что в процессе законотворчества происходит приспособление, подгонка законодательства под экономическую политику, проводимую государством в лице государственного аппарата.

В зависимости от того, насколько правовой порядок экономических отношений соответствует закономерностям и тенденциям развития экономики, воздействие права на экономику проявляется в большей или меньшей степени, может быть позитивным, способствующим нормальному функционированию экономики и ее росту, и негативным, тормозящим ее развитие.

Правоприменительная практика (не только судебная, но и органов исполнительной власти) позволяет оценивать воздействие права на экономику и с учетом конкретных результатов корректировать законодательство - вносить в действующие акты изменения и дополнения, принимать новые законы взамен тех, которые обнаружили свою неадекватность экономическим тенденциям.

Роль государства и права по отношению к экономике наглядно проявляется в периоды перехода от одного социально-экономического строя к другому. В России на этапе преобразования плановой социалистической экономики в рыночную капиталистическую главенствующую роль сыграл государственный аппарат, реализовавший огромные возможности государства как разрушительного, так и созидательного характера. Силами государственного аппарата были осуществлены разгосударствление и демонополизация российской экономики, проведена приватизация государственной собственности, благодаря чему в России появился класс собственников - капиталистов, были устранены препятствия к росту частного капитала; была осуществлена реформа денежного обращения и введен коммерческий курс рубля по отношению к иностранным валютам, созданы новые бюджетная и налоговая системы; при поддержке государства были созданы (или воссозданы, если протягивать историческую нить к досоциалистической эпохе) необходимые для функционирования неплановой экономики экономико-правовые институты, обеспечивающие инфраструктуру рынка: коммерческие банки, негосударственные страховые организации, товарные, фондовые и валютные биржи, инвестиционные фонды[\*(124)](#sub_99124). Многоукладность рыночной экономики, виды собственности, правовой статус субъектов предпринимательской и иной экономической деятельности, их организационно-правовые формы, правовые формы экономических отношений, условия конкуренции, компетенция государственных органов относительно экономических субъектов - все это и многое другое, то, что требовало соответствующего правового регулирования, было закреплено новым Российским государством в новом российском законодательстве.

Когда переходный период завершается и вся необходимая для рыночной экономики инфраструктура начинает функционировать, общей глобальной задачей государства и права является обеспечение: стабильности экономических (производственных) отношений, и поступательного развития экономики в направлении увеличения внутреннего валового продукта и повышения жизненного уровня населения. В решении этой глобальной задачи акценты в распределении ролей между государством и правом смещаются и значение права, всей правовой системы законодательства, правоохранительных органов, правоприменительной практики - усиливается. Только тогда, когда правовая система становится эффективно действующей, государство становится демократическим и правовым.

Одним из социально-экономических факторов, определяющих природу государства и права и тенденции их развития, является частный капитал. Как категория политической экономии частный капитал - это принадлежащее индивидуальным предпринимателям и осуществляющим предпринимательскую деятельность негосударственным юридическим лицам на праве собственности имущество, которое в основном связано с производством и коммерческим оборотом, выступая как материально-финансовая база предпринимательства (бизнеса) и как его экономический результат.

Возникновение частного капитала в современной России - результат действия объективных экономических законов, которые проявлялись еще в социалистическом государстве. Но тогда частный капитал образовывался и накапливался скрытно, нелегально, путем незаконного присвоения социалистической собственности частными лицами, совершения других экономических правонарушений, но он существовал, ему требовалось применение, и этот капитал вывозился из страны, в частности, гражданами, покидавшими страну под различными благовидными предлогами, вывозился в те страны, где ему находилось применение.

С началом реформ во второй половине 80-х гг. XX в. частный капитал стал легализовываться и принимать активное участие в скупке государственного имущества в ходе приватизации. В результате разгосударствления, демонополизации и приватизации экономика России перестала быть социалистической, превратившись в многоукладную, самая сущность которой обусловливает процессы социально-экономической дифференциации и роста частного капитала.

За относительно непродолжительный по историческим меркам период (10-15 лет с конца 80-х гг. XX в.) частный капитал постепенно занял ведущие позиции в экономике России, что является естественным следствием преобразований.

Как социально-экономическое явление частный капитал обладает количественными и качественными признаками. Количественные признаки - это размеры частного капитала, его структура, размещение, удельный вес в экономике в целом и ее отдельных отраслях и секторах. Данные статистического учета размеров и структуры частного капитала, если такой учет ведется, не публикуются. Поэтому весьма приблизительно можно представить себе масштабы частного капитала. В настоящее время в экономике преобладают средства производства, находящиеся в частной собственности. Большинство заводов, фабрик, предприятий как имущественных комплексов, предназначенных для предпринимательской деятельности, находится в негосударственной собственности и функционирует в организационно-правовой форме хозяйственных обществ, основные пакеты акций и долей которых принадлежат частным лицам. Владельцы заводов и фабрик, акций и других ценных бумаг, обладатели объектов недвижимости и финансовых накоплений образовали класс капиталистов, в котором можно выделить представителей крупнейшего, крупного, среднего и малого бизнеса (капитала).

Прослеживается тенденция роста абсолютных величин российского частного капитала, что, несомненно, будет оказывать заметное влияние на положение дел в российской, а возможно, и в мировой экономике.

Количественные параметры частного капитала определяют и его качественное состояние. Качественные признаки - это прежде всего способность частного капитала к самосохранению и воспроизводству, его универсальность и гибкость, другими словами - конкурентоспособность, приспособляемость к воздействующим на него социально-экономическим и политическим факторам. Проявлением определенного качественного уровня является способность частного капитала выйти из тени, раскрыть свое существование, легализоваться и функционировать открыто на правовой основе в рамках существующей государственно-правовой структуры общественных отношений.

Однако способность частного капитала функционировать легально на правовой основе сочетается с его стремлением выйти за пределы правового поля. По мере количественного роста частного капитала ему становится тесно в существующих государственно-правовых рамках, он стремится оказывать влияние на внутреннюю и внешнюю политику государства, преобразовать в своих интересах законодательство, подчинить своим интересам судебную систему и правоприменительную практику. С одной стороны, легализация частного капитала, а с другой - давление на государство и правовую систему - это два аспекта одного и того же объективного процесса - процесса роста и экспансии частного капитала. Это диалектическое противоречие, которое разрешается посредством изменений, происходящих в государственной политике, законодательстве и правоприменительной практике.

В системе российского права сложились правовые институты, которые в своей совокупности образуют правовые основания накопления и использования частного капитала. К таким институтам относятся группы норм, опосредующие: право на предпринимательскую деятельность, право на использование любых объектов гражданских прав в целях систематического получения прибыли, право частной собственности и его правовые гарантии, осуществление государственного контроля за концентрацией капитала.

Нормы действующего законодательства обеспечивают все необходимые правовые основания для получения прибыли и накопления капитала. В праве капиталистического государства иначе и не может быть, так как прибыль, получаемая в результате предпринимательской и иной экономической деятельности, является основным источником накопления частного капитала. Не случайно согласно легальному определению (ч. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ) прибыль является единственной и главной целью предпринимательской деятельности.

В этом легальном определении значение прибыли гиперболизировано, иные цели предпринимательской деятельности просто не названы в законе. Между тем предпринимательская деятельность как дозволенная действующей Конституцией РФ (п. 1 ст. 34) конструктивная созидательная деятельность, создающая материальные блага и другие ценности, направлена не только на получение прибыли, но и на определенные общественно полезные цели, которые другими путями, кроме как путем экономической деятельности, достигнуты быть не могут. Не случайно заключение многих гражданско-правовых договоров является для предпринимателей - профессиональных участников рынка обязательным вследствие применения законодателем конструкции публичного договора (ст. 426 ГК РФ) и иных обязывающих норм; эта обязательность обусловлена тем, что деятельность предпринимателей носит социально-значимый характер и направлена на общественно полезные цели, то есть так или иначе носит публично-правовой характер.

Тем не менее ни в общем легальном определении, ни в правовых характеристиках различных видов предпринимательской деятельности не содержится указаний на общественно полезные цели или публичные интересы. Например, в ст. 1 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. N 395-I "О банках и банковской деятельности"[\*(125)](#sub_99125) кредитная организация, в том числе коммерческий банк, определяется как юридическое лицо, основной целью которого является извлечение прибыли. Но ведь основное назначение коммерческих банков - расчетно-кассовое и кредитное обслуживание граждан и организаций; деятельность банков общественно необходима и направлена на общеполезные цели, а прибыль сопутствует экономической деятельности, это ее закономерный экономический результат; она не может быть главной целью, по крайней мере в отрыве от общественно полезных целей. Именно поэтому договор банковского счета сконструирован законодателем как публичный договор: заключение договора банковского счета на объявленных банком условиях обязательно для банка (п. 2 ст. 846 ГК РФ). С нашей точки зрения, кредитный договор (п. 1 ст. 819 ГК РФ) также должен признаваться публичным договором в тех случаях, когда банки или иные кредитные организации, имеющие лицензии на осуществление деятельности по кредитованию граждан и организаций, предоставляют кредиты на объявленных ими условиях.

Назвав прибыль главной целью предпринимательской деятельности, законодатель вынужден делать оговорки при квалификации отдельных видов деятельности и определении вида юридических лиц. Так, аудит или аудиторская деятельность, которая по своему содержанию представляет собой оказание помощи субъектам предпринимательской деятельности в вопросах бухгалтерского учета и отчетности, признается по Федеральному закону от 7 августа 2001 г. N 119-ФЗ "Об аудиторской деятельности"[\*(126)](#sub_99126) предпринимательской деятельностью (п. 1 ст. 1). В то же время адвокатская деятельность, которая по своему содержанию во многом аналогична аудиторской деятельности и состоит в оказании помощи гражданам и организациям по правовым вопросам, по Федеральному закону от 31 мая 2002 г. N 63-ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации"[\*(127)](#sub_99127) (далее - Закон об адвокатуре) не является предпринимательской деятельностью (п. 2 ст. 1). То обстоятельство, что адвокаты, учредившие адвокатские кабинеты, приравнены, согласно п. 2 ст. 11 Налогового кодекса РФ, к индивидуальным предпринимателям, не меняет существа вопроса: деятельность адвоката, учредившего адвокатский кабинет, так же как и деятельность частного нотариуса, не приобретает характера предпринимательской деятельности; только с точки зрения налогового законодательства его правовой статус как налогоплательщика приравнен к правовому статусу индивидуального предпринимателя. Наличие в специальном законе (п. 2 ст. 1 Закона об адвокатуре) нормы о том, что адвокатская деятельность не является предпринимательской, имеет важное социологическое значение для общего позиционирования адвокатов, для признания адвокатуры особым институтом государства и гражданского общества, назначение и общеполезные цели которого не дают никаких оснований для отождествления адвокатской деятельности с предпринимательством.

Разграничение видов деятельности на предпринимательскую и непредпринимательскую проводится не всегда последовательно, оставляя открытым вопрос о возможных организационно-правовых формах юридических лиц, осуществляющих экономическую деятельность, не определенную в законе как предпринимательскую или непредпринимательскую. Например, согласно легальному определению оценочной деятельности это - деятельность, "направленная на установление в отношении объектов оценки рыночной или иной стоимости" (ч. 1 ст. 3 Федерального закона от 29 июля 1998 г. N 135-ФЗ "Об оценочной деятельности в Российской Федерации")[\*(128)](#sub_99128). В определении указывается только на общественно полезную цель оценочной деятельности; следовательно, профессиональные оценщики - юридические лица могут быть как коммерческими, так и некоммерческими организациями и учреждаться в самых разнообразных организационно-правовых формах.

По Федеральному закону от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)"[\*(129)](#sub_99129) арбитражным управляющим может быть только гражданин, зарегистрированный в качестве индивидуального предпринимателя (п. 1 ст. 20), тем самым деятельность арбитражных управляющих признается предпринимательской, несмотря на то что это противоречит сущности института несостоятельности (банкротства), ибо главной целью арбитражного управляющего является, вне всяких сомнений, не получение личной выгоды (прибыли), а восстановление платежеспособности должника и удовлетворение требований его кредиторов.

В первоначальном определении предпринимательской деятельности, содержавшемся в п. 1 ст. 4 Закона РСФСР от 25 декабря 1990 г. "О предприятиях и предпринимательской деятельности"[\*(130)](#sub_99130) (ныне утратил силу), указывалось на две цели предпринимательской деятельности: удовлетворение общественных потребностей и получение прибыли. Затем законодатель, принимая ч. 1 ГК РФ, исключил из определения указание на цель удовлетворения общественных потребностей, оставив в качестве единственной цели предпринимательской деятельности систематическое получение прибыли. Такая позиция законодателя вызвана двумя причинами.

Первая из них носит теоретический, даже, можно сказать, идеологический характер. То есть отказ от правовых конструкций, которые отражали догмы марксистско-ленинской теории, лежавшие в основе принципов советского социалистического права. Правовое регулирование экономических отношений в советский период опиралось на идеологическую установку о том, что в отличие от капитализма "социалистическое хозяйство ведется в целях не извлечения прибыли, а удовлетворения материальных и культурных потребностей всего общества и каждого его члена"[\*(131)](#sub_99131). Эта насквозь фетишизированная и лицемерная догма препятствовала активному использованию при социализме коммерческой концессии, переводного и простого векселя, финансового лизинга, факторинга, коммерческой тайны, биржевой торговли и ряда других правовых институтов, эффективность которых была подтверждена мировым опытом и которые теперь получили закрепление в гражданском законодательстве пореформенной России. Исключив из легального определения предпринимательской деятельности указание на общественно полезные цели, законодатель тем самым решительно порвал с идеологическими установками, не соответствовавшими объективным экономическим законам.

Вторая причина носит сугубо практический, прикладной характер. Дело в том, что в силу объективных экономических закономерностей в современной экономике предпринимателям приходится действовать в условиях постоянно меняющегося спроса, от чего зависит уровень цен на товары, работы, услуги, т.е. предприниматели действуют в условиях конъюнктуры и, чтобы не понести убытки и получить доходы, они должны учитывать конкретную ситуацию, которая позволяет получить прибыль без материальных затрат и вложений, а только вследствие благоприятно сложившихся экономических условий. Поэтому, сказав "а", т.е. освободив экономику от идеологических догм, наше государство вынуждено было сказать "б" и признать правомерными коммерческие операции спекулятивного характера, иными словами, - игры в расчете на меняющиеся конъюнктурные условия. Спекуляция - это предпринимательская деятельность, не направленная на какие-либо общеполезные цели, но тем не менее являющаяся вполне правомерной, поскольку полностью вписывается в легальное определение предпринимательской деятельности. Спекулятивными являются, в частности, так называемые фьючерсные сделки, расчетные форвардные валютные контракты, многие виды сделок, совершаемые на товарных, фондовых и валютных биржах, игры, пари; спекулятивный характер носит во многом и посредническая деятельность.

Подведя под спекуляцию правовую основу, законодатель исключил административную и уголовную ответственность за нее. В то же время законодатель лишил судебной защиты граждан и юридические лица, чьи требования связаны с организацией игр и пари или с участием в них, за исключением случаев обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения, а также за исключением требований, вытекающих из лотерей, игр и пари, проводимых государством, муниципальными образованиями или лицами, получившими от уполномоченного государственного или муниципального органа необходимое разрешение (ст. 1062 ГК РФ).

Лишение судебной защиты участников игр и пари, строго говоря, противоречит легальному определению предпринимательской деятельности и праву на судебную защиту. Ни по Конституции РФ (ст. 46 и 47), ни по ГК РФ (ст. 11 и 12) право на судебную защиту интересов отдельных лиц не знает никаких исключений. Вопрос о конституционности ст. 1062 ГК РФ был рассмотрен Конституционным Судом РФ в связи с жалобой коммерческого банка, участвовавшего в валютных форвардных сделках (расчетных форвардных контрактах) и проигравшего в арбитражном суде спор по форвардному валютному контракту. Конституционный Суд РФ, признав, что спор из расчетного форвардного контракта может быть рассмотрен судом, сделал вывод о том, что ст. 1062 ГК РФ "как таковая не может рассматриваться как нарушающая право, гарантированное статьей 34 (часть 1) Конституции Российской Федерации", поскольку участники игр и пари принимают на себя повышенные риски, которые не могут рассматриваться как обычные предпринимательские риски[\*(132)](#sub_99132).

Таким образом, в целях получения прибыли и накопления капитала граждане и негосударственные коммерческие организации вправе осуществлять любую не запрещенную законом деятельность, включая и спекулятивные операции, не направленные на какие-либо общественно полезные цели. Такое право предоставлено легальным определением предпринимательской деятельности, предусмотренным в ч. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ. Возможно, это определение нуждается в отдельных уточнениях, которые требуют обстоятельной системной проработки.

В легальном определении предпринимательской деятельности отражено традиционное представление юристов о механизме извлечения прибыли: прибыль может быть получена "от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг" (ч. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ). На самом деле механизм извлечения прибыли может быть гораздо сложнее и изощреннее; впрочем, легальное определение предпринимательской деятельности дает все основания для применения самых разнообразных способов извлечения прибыли. Для этого, как вытекает из легального определения предпринимательской деятельности, может быть использовано любое имущество. В социалистический период существовали многочисленные ограничения права собственности; имущество, находившееся в личной собственности граждан, запрещалось использовать для извлечения нетрудовых доходов (ч. 3 ст. 105 ГК РСФСР 1964 г.), такое использование преследовалось вплоть до привлечения к уголовно-правовой ответственности.

Такой подход, как и само понятие нетрудового дохода, безвозвратно ушел в прошлое. Имущество, находящееся в частной собственности, может использоваться для получения прибыли без ограничений. Как и принято в буржуазном обществе, в коммерческий оборот все больше вовлекаются объекты, не подпадающие под понятие вещей; согласно ст. 128 ГК РФ к объектам гражданских прав относятся, в частности, имущественные права, информация, результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них (интеллектуальная собственность), нематериальные блага. Все виды объектов гражданских прав и даже сами гражданские права могут выступать в качестве товара. Все признаки товарности: стоимость, потребительная и прибавочная стоимость, рыночная цена, ликвидность, конкурентоспособность - могут быть у любого объекта, включая нематериальные блага.

По существу любые объекты, принадлежащие гражданам и юридическим лицам, любые гражданские права, имеющие денежную оценку, могут быть товаром, могут быть предметом различных гражданско-правовых сделок, приносящих прибыль, и, следовательно, являются капиталом, приносящим прибыль на основании действующего законодательства. Так и должно быть в гражданском обществе, свободном от идеологических догм философско-политических учений.

Правовыми основаниями накопления частного капитала являются нормы, допускающие возможность нахождения в собственности отдельных лиц - юридических лиц и граждан - имущества без его ограничений какими-либо количественными и стоимостными признаками. Согласно п. 2 ст. 213 ГК РФ "количество и стоимость имущества, находящегося в собственности граждан и юридических лиц, не ограничиваются, за исключением случаев, когда такие ограничения установлены законом....". Ограничения могут быть установлены только на основании федерального закона и только в той мере, как сказано в ч. 2 п. 2 ст. 1 ГК РФ, "в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства". Отдельные ограничения относятся лишь к объектам, изъятым из оборота или ограниченным в обороте (ст. 129 ГК РФ); других ограничений в действующем российском законодательстве нет, поэтому правовых границ для размеров частного капитала не существует и существовать не может, исходя из социально-экономических и политических устоев Российского государства.

Право частной собственности на средства производства не дифференцируется в зависимости от вида объектов собственности и их стоимостной оценки. Любые собственники, как мелкие, так и крупные, обладают по закону правомочиями владения, пользования и распоряжения имуществом в абсолютно равном объеме. Вместе с тем развитие капиталистических отношений приводит к расслоению собственников-капиталистов на группы по величине находящегося в их собственности капитала. По этому показателю, принимаемому условно, могут быть выделены четыре основные группы частного капитала (бизнеса): малый, средний, крупный и сверхкрупный (крупнейший) бизнес.

В налоговой сфере ведется специальный учет двух видов налогоплательщиков:

1) субъектов малого предпринимательства - в целях предоставления им возможности использования специальных налоговых режимов, предусматривающих льготные условия налогообложения по сравнению с общим налоговым режимом;

2) крупных и крупнейших налогоплательщиков - в целях установления особого контроля за исполнением такими налогоплательщиками - юридическими лицами своих обязательств по уплате налогов и сборов - так называемого налогового администрирования.

Предусмотренные в Налоговом кодексе РФ критерии, принимаемые как условия перехода на упрощенную систему налогообложения, могут ориентировать на определение группы малого бизнеса. Критерии, в частности, таковы: остаточная стоимость основных средств и нематериальных активов не превышает 100 млн. руб., средняя численность работающих не превышает 100 человек, доход от реализации за девять месяцев года, в котором подано заявление о переходе на упрощенную систему налогообложения, не превысил 11 млн. руб. (п. 2, пп. 15 и 16 п. 3 ст. 346.12 НК РФ). Следовательно, коммерческие организации с капиталом не более 100 млн. руб. в целях научной систематизации могут быть отнесены к малому капиталу (бизнесу).

К среднему бизнесу могут быть отнесены те субъекты предпринимательства, которые по своим финансово-экономическим показателям, прежде всего по объему капитала, занимают промежуточное положение между малым и крупным бизнесом.

Относительно организации крупного бизнеса налоговое администрирование осуществляется налоговыми органами на уровне субъектов Российской Федерации, крупнейшего бизнеса - на федеральном уровне.

Министерством по налогам и сборам РФ были установлены критерии, по которым юридические лица признаются крупнейшими налогоплательщиками и подлежат специальному учету. В частности, к крупнейшим налогоплательщикам, подлежащим налоговому администрированию на федеральном уровне, относятся юридические лица, обладающие хотя бы одним из следующих показателей, рассчитываемых по данным бухгалтерского и налогового учета: стоимость активов превышает 10 млрд. руб., объем реализации - 10 млрд. руб. в год, суммарный объем начислений налогов и сборов в федеральный бюджет - 1 млрд. руб. в год[\*(133)](#sub_99133).

К этим критериям близки общие критерии, которыми руководствуется в своих аналитических исследованиях Мировой банк реконструкции и развития. По классификации Всемирного банка, к крупнейшим собственникам относятся лица, под контролем которых находятся предприятия с объемом продаж на сумму не менее 400 млн. долл. США (12 млрд. руб.) и на этих предприятиях занято в целом не менее 19 тыс. работников (0,5% от общей численности занятых на предприятиях, охваченных статистическими наблюдениями и исследованиями). В 2004 г. Всемирный банк опубликовал результаты исследования о распределении и концентрации собственности в отдельных отраслях российской экономики; по данным Всемирного банка, 23 бизнес-группы контролируют более трети промышленности и 17% банковских активов; на долю этих 23 бизнес-групп приходится общий объем продаж на сумму 1,7 трлн. руб., на их предприятиях работает 1,4 млн. работников[\*(134)](#sub_99134).

Выделение крупных и крупнейших налогоплательщиков в отдельные учетные группы в целях налогового администрирования не влечет за собой каких-либо изменений в правовом положении коммерческих организаций.

Процессы концентрации капитала находятся под контролем со стороны антимонопольных органов[\*(135)](#sub_99135). Одной из предпосылок антимонопольного контроля является специальный учет коммерческих организаций, занимающих доминирующее положение в том или ином секторе рынка. По действующему Закону РСФСР от 22 марта 1991 г. N 948-I "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках"[\*(136)](#sub_99136) (далее - Закон о конкуренции) антимонопольные органы ведут учет хозяйствующих субъектов, доля которых на рынке определенного товара превышает 65%, а также при определенных условиях тех хозяйствующих субъектов, доля которых меньше 65%, но более 35%. Положение таких хозяйствующих субъектов признается доминирующим, они вносятся в реестр организаций, занимающих доминирующее положение. При включении хозяйствующих субъектов в указанный реестр показатели, характеризующие их финансово-экономическое положение, не учитываются, но учитываются объемы совершаемых ими коммерческих операций, что дает основания рассматривать организации, доля которых на рынке определенного товара превышает 35%, как крупные, а организации, доля которых составляет 65% и более, как крупнейшие.

Признание хозяйствующего субъекта занимающим доминирующее положение на товарном рынке влечет определенные правовые последствия. Таким субъектам адресованы императивные нормы, устанавливающие целый ряд запретов, предусмотренных в ст. 5 Закона о конкуренции запрещается установление и поддержание монопольно высоких (низких) цен, изъятие товаров из обращения, целью или результатом которого является создание или поддержание дефицита на рынке или поддержание цен, и т.д.

Специальное регулирование вопросов конкуренции осуществляется применительно к рынку финансовых услуг, на котором действуют финансовые организации (кредитные, страховые, профессиональные участники рынка ценных бумаг и рынка других финансовых операций). Согласно п. 2 ст. 4 Федерального закона от 23 июня 1999 г. N 117-ФЗ "О защите конкуренции на рынке финансовых услуг"[\*(137)](#sub_99137) доля финансовых организаций на рынке финансовых услуг определяется исходя из отношения суммы ее оборота по определенному виду финансовых услуг к общей сумме оборота финансовых организаций в установленных границах рынка финансовых услуг. Методика определения оборота финансовых услуг финансовых организаций и границ рынка финансовых услуг устанавливается Правительством РФ.

Существует определенная взаимосвязь между долей субъекта предпринимательской деятельности на товарном рынке и рынке финансовых услуг, с одной стороны, и величиной капитала, принадлежащего этому субъекту, с другой стороны. Поэтому антимонопольный контроль осуществляется не только за организациями, занимающими доминирующее положение на рынке, но и за процессами концентрации капитала.

Так, согласно поправкам, внесенным в Закон о конкуренции федеральными законами от 9 октября 2002 г. N 122-ФЗ[\*(138)](#sub_99138) и от 7 марта 2005 г. N 13-ФЗ[\*(139)](#sub_99139), предварительное согласие антимонопольного органа требуется в случаях, когда происходит слияние и присоединение коммерческих организаций, суммарная балансовая стоимость активов которых по последнему балансу превышает 30 млн. МРОТ, то есть 3 млрд. руб. Если же суммарная стоимость активов коммерческих организаций, реорганизуемых путем слияния и присоединения, превышает 2 млн. МРОТ (200 млн. руб.), участники реорганизуемых (в форме слияния или присоединения) организаций обязаны уведомить антимонопольный орган о проведенной реорганизации. Уведомление антимонопольного органа при создании коммерческих организаций необходимо, если суммарная стоимость активов учредителей превышает 2 млн. МРОТ (200 млн. руб.). Предварительное согласие антимонопольного органа требуется на совершение сделок по приобретению лицом (группой лиц) прав, позволяющих определять условия ведения хозяйствующим субъектом его предпринимательской деятельности либо осуществлять функции его исполнительного органа, а также ряда других сделок, в тех случаях, когда суммарная стоимость активов лиц, участвующих в возникающих при этом правоотношениях, превышает 200 тыс. МРОТ (20 млн. руб.).

Названные в Законе о конкуренции экономические критерии не вполне отвечают задачам государственного антимонопольного контроля, который должен быть направлен на обеспечение нормального функционирования рынка. Контроль не должен осуществляться ради самого контроля. В сфере внимания антимонопольного органа должны находиться прежде всего действия субъектов естественных монополий, а также бизнес-групп, контролирующих значительные материальные, финансовые и людские ресурсы и тем самым способных оказывать влияние на рынок. Поэтому следует перейти на использование комплексных критериев, учитывающих не только стоимость активов организаций, но и объем реализации (продаж), количество работающих, удельный вес на товарном или финансовом рынке.

Необходимо также переработать Федеральный закон "О конкуренции на рынке финансовых услуг" и наполнить его конкретным содержанием, с тем чтобы критерии, определяющие доминирующее положение финансовой организации, и условия совершения крупных сделок на рынке финансовых услуг содержались в самом законе, а не в подзаконных нормативных правовых актах.

Крупный бизнес нуждается в разнообразных организационно-правовых формах, которые позволяли бы ему самым оптимальным и экономичным образом использовать свои огромные материальные и финансовые ресурсы.

По действующему российскому законодательству выбор организационно-правовых форм для коммерческих организаций ограничен: для негосударственных юридических лиц имеется всего-навсего четыре формы: хозяйственное товарищество, общество с ограниченной ответственностью, акционерное общество, производственный кооператив. По существу только открытые акционерные общества как организационно-правовая форма адекватны интересам крупного предпринимательства. Крупный бизнес все время заинтересован в притоке инвестиций, ибо он вынужден направлять свои финансовые ресурсы на увеличение масштабов производства и его модернизацию. Этим целям служит такой способ привлечения инвестиций, который может быть использован только открытыми акционерными обществами, - размещение дополнительных акций среди неопределенного круга лиц. Открытое размещение дополнительных акций является необходимой предпосылкой свободного обращения этих акций на фондовом рынке; в свою очередь фондовые индексы, отражающие рост или снижение цен на акции открытого акционерного общества (голубые фишки), оказывают воздействие на совокупную оценку всего бизнеса общества-эмитента, называемую в экономической литературе капитализацией компании.

Представляется, что даже безотносительно к финансовым организациям такая организационно-правовая форма, как открытое акционерное общество, ориентирована все же на предпринимательскую деятельность в крупных размерах; было бы целесообразным увеличить минимальный размер уставного капитала открытого акционерного общества, с тем чтобы он был по крайней мере не меньше минимального размера уставного фонда государственных унитарных предприятий, то есть не менее чем 5000 МРОТ (ч. 1 п. 3 ст. 12 Федерального закона от 14 ноября 2002 г. N 161-ФЗ "О государственных и муниципальных унитарных предприятиях"[\*(140)](#sub_99140)), т.е. не менее 500 тыс. руб.

Другие организационно-правовые формы сами по себе не способствуют привлечению сторонних инвестиций и капитализации бизнеса, поэтому они не отвечают интересам крупного капитала.

Кроме того, следовало бы внести в повестку дня вопрос о введении в российское законодательство новых видов организационно-правовых форм, которые могли бы использоваться крупным и крупнейшим бизнесом. Законодатель пошел на то, чтобы ввести для некоммерческих организаций такую организационно-правовую форму, как государственная корпорация (ст. 7.1 Федерального закона от 12 января 1996 г. N 7-ФЗ "О некоммерческих организациях"[\*(141)](#sub_99141)). Аналогичная по своим признакам организационно-правовая форма - ее условно может было бы назвать "коммерческой корпорацией" - могла быть введена и для негосударственных юридических лиц. Коммерческую корпорацию могли бы создавать юридические лица путем объединения имущественных вкладов; в отличие от финансово-промышленных групп и холдингов коммерческая корпорация являлась бы юридическим лицом; в отличие от ассоциаций и союзов коммерческая корпорация была бы вправе сама непосредственно осуществлять предпринимательскую деятельность и эмитировать эмиссионные ценные бумаги.

Самой важной правовой гарантией для частного капитала является свобода распоряжения им. Законодательство в России признает за собственниками право распоряжения принадлежащим им имуществом. Это субъективное гражданское право является полным и неограниченным. Капитал может храниться как таковой в любой форме, он может быть положен в банк как вклад или депозит, передан в рост под проценты, может инвестироваться в различные проекты и т.д. В правовые гарантии распоряжения капиталом входит право собственников - физических лиц передавать свое имущество в порядке дарения и наследования. Единственное ограничение свободы завещания - право необходимых наследников на обязательную долю, которая независимо от содержания завещания составляет не менее половины доли, которая причиталась бы необходимому наследнику при наследовании по закону (п. 1 ст. 1149 ГК РФ). Других ограничений распоряжения капиталом в действующем законодательстве не предусмотрено.

Отражением последовательной позиции законодателя в вопросе о праве использования прибыли и распоряжения частным капиталом является либерализация вывоза капитала из страны, которая получила закрепление в Федеральном законе от 10 декабря 2003 г. N 173-ФЗ "О валютном регулировании и валютном контроле"[\*(142)](#sub_99142). Российские юридические и физические лица - резиденты получили возможность открывать счета в иностранной валюте в зарубежных банках, переводить на эти счета средства со своих счетов в уполномоченных российских банках и совершать валютные операции со средствами на счетах в иностранных банках, за исключением валютных операций между резидентами (п. 6 ст. 12). Нерезиденты получили право перечислять иностранную валюту со своих банковских счетов и с банковских вкладов в уполномоченных российских банках на свои счета в банках за пределами территории Российской Федерации (п. 4 ст. 13).

Проблема вывоза капитала из страны имеет огромное значение для национальной экономики. Ежегодно вывозится средств на сумму не менее 10-12 млрд. долл. США; эта сумма могла бы быть инвестирована в российскую экономику; тем не менее законодатель пошел на такой радикальный шаг, как снятие ограничений на вывоз капитала. Капитал нельзя насильственно удерживать в стране. Надо создать такие условия, чтобы инвестировать капитал в России было более выгодно, чем вывозить его из страны.

Таковы основные тенденции развития законодательства о предпринимательской деятельности, которые получат продолжение в дальнейшем. В связи с этим необходимо выбрать основную концепцию, которая сможет отразить капиталистический характер российской экономики.

# Использование позитивных обязываний и запретов в предпринимательской деятельности (Губин Е.П.)

В теории государства и права выделяют несколько способов правового регулирования, к числу которых относят позитивные обязывания, запреты и дозволения. Способы правового регулирования часто определяют как пути юридического воздействия, которые выражены в юридических нормах, в других элементах правовой системы[\*(143)](#sub_99143).

Позитивные обязывания как способ правового регулирования, элемент правовой материи выражается с юридической стороны в возложении на лиц юридических обязанностей активного содержания, т.е. в конкретных обязанностях тех или иных лиц вести себя в соответствии с юридическими нормами, выступающими в качестве предписаний, требований со стороны государства. Как справедливо отмечает С.С. Алексеев, для позитивных обязываний характерно своего рода новое обременение: лицам предписывается совершать то, чего они, может быть (если бы не было такого обременения), и не совершали бы или совершили бы не в том объеме, не так, не в то время и т.д.[\*(144)](#sub_99144)

Для запретов (юридических запрещений) характерна закрепительная, фиксирующая функция: они призваны утвердить господствующие порядки и отношения. С регулятивной стороны запреты (юридические запрещения), как и позитивные обязывания, выражаются в юридических обязанностях, но пассивного содержания, т.е. в обязанностях воздерживаться от совершения определенных действий[\*(145)](#sub_99145).

Защита прав и интересов общества, общественного блага, отдельных относительно больших групп участников экономических отношений - основная задача запретов в экономической сфере. Так, при защите прав потребителей, акционеров, инвесторов можно увидеть закрепленные в нормативных актах обязанности пассивного характера - запреты.

В соответствии с Федеральным законом от 5 марта 1999 г. N 46-ФЗ "О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг"[\*(146)](#sub_99146) запрещаются публичное размещение, реклама и предложение в любой иной форме неограниченному кругу лиц ценных бумаг, выпуск которых не прошел государственную регистрацию; публичное размещение которых запрещено или не предусмотрено федеральными законами и иными нормативными правовыми актами РФ; а также документов, удостоверяющих денежные и иные обязательства, но не являющихся ценными бумагами в соответствии с законодательством РФ. Совершение владельцем ценных бумаг любых сделок с ними до их полной оплаты и регистрации отчета об итогах их выпуска запрещается.

С запретами как способом правового регулирования тесно связаны дозволения, предоставляющие определенные возможности для поведения субъекта. С юридической точки зрения дозволения выражаются главным образом в субъективных правах на собственное активное поведение[\*(147)](#sub_99147).

Запреты определяют границы дозволений, четко определяя пределы ограничения свободы, в том числе пределы ограничения свободы предпринимателей.

Характеризуя правовое регулирование, правовой режим и тип правового регулирования, юристы пришли к обоснованным выводам о наличии общедозволительного правового режима и типа правового регулирования предпринимательской деятельности[\*(148)](#sub_99148).

Как отмечает С.А. Комаров, в основе общедозволительного типа регулирования лежит общее дозволение, используется принцип "дозволено все, кроме...", а значит субъекты, в том числе предприниматели, вправе совершать любые действия, не попавшие в разряд запрещенных[\*(149)](#sub_99149).

В сфере регулирования государством рыночной экономики, предпринимательства наиболее широкое применение, отражающее глубинную сущность государственного регулирования, имеют такие средства правового регулирования, как позитивные обязывания и запреты. Указанный вывод не противоречит положению об общедозволительном типе правового регулирования экономики и предпринимательства. Именно дозволения, обеспечивающие свободу деятельности предпринимателей, превалируют в правовом регулировании предпринимательской деятельности. Однако это не исключает использование и иных способов регулирования: позитивных обязываний и запретов, характерных для регулирования отношений между субъектами предпринимательства и государством в лице его органов при осуществлении ими функции государственного регулирования.

Использование позитивных обязываний и запретов реализуется в установлении государством требований к субъектам предпринимательской деятельности в тех или иных сферах рыночной экономики. В зависимости от места и значимости, урегулированности того или иного сегмента рынка государство закрепляет в нормативных актах соответствующие правила, определяющие границы экономической свободы.

Достаточно ярко особенности правового регулирования проявляются, например, в требованиях к участникам рынка ценных бумаг со стороны государства, закрепленных в Федеральном законе от 22 апреля 1996 г. N 39-ФЗ "О рынке ценных бумаг"[\*(150)](#sub_99150) (далее - Закон о рынке ценных бумаг).

Позитивные обязывания, требования со стороны государства, закрепленные в нормативных актах, характерны и для зарубежных рыночных экономик. Так, применительно к экономике Германии А. Жалинский и А. Дубовик отмечают, что в ней "проявляются особенности правового регулирования народного хозяйства, иногда, казалось бы, трудно совместимые друг с другом, а именно: а) осторожность, взвешенность правового воздействия, предполагающая свободное развитие экономики, соблюдение прав участников хозяйственного оборота, поощрение самостоятельности и пр.; б) весьма широкие возможности реального публично-правового воздействия на экономику (многие полномочия и процедуры, предусмотренные в ФРГ, могли бы подвергнуться критике при попытке ввести их в России, например принудительное членство в хозяйственных палатах и т.п.)"[\*(151)](#sub_99151).

Правовое регулирование деятельности органов государства в рыночной экономике имеет особенности с точки зрения способов регулирования. Если, как отмечалось, в целом правовой режим, тип правового регулирования предпринимательства являются общедозволительными, несмотря на возможность использования государством таких способов правового регулирования, как позитивные обязывания и запреты, то регулирование деятельности государства в лице его органов осуществляется в разрешительном режиме, что выражается в формуле "дозволено только то, что разрешено законом" ("запрещено все, кроме дозволенного законом").

Так, применительно к рынку ценных бумаг деятельность федерального органа исполнительной власти по рынку ценных бумаг России четко регламентируется законодательством. В ст. 44 Закона о рынке ценных бумаг закреплены, например, такие права федерального органа исполнительной власти по рынку ценных бумаг, как право:

- выдавать генеральные лицензии на лицензирование профессиональных участников рынка ценных бумаг, а также на осуществление контроля на рынке ценных бумаг федеральным органам исполнительной власти (с правом делегирования функций по лицензированию их территориальным органам);

- квалифицировать ценные бумаги и определять их виды в соответствии с законодательством РФ;

- устанавливать обязательные для профессиональных участников рынка ценных бумаг, за исключением кредитных организаций, нормативы достаточности собственных средств и иные требования, направленные на снижение рисков профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг, а также на исключение конфликта интересов, в том числе при оказании брокером, являющимся финансовым консультантом, услуг по размещению эмиссионных ценных бумаг;

- в случае неоднократного нарушения в течение одного года профессиональными участниками рынка ценных бумаг законодательства РФ о ценных бумагах принимать решение о приостановлении действия или об аннулировании лицензии на профессиональную деятельность на рынке ценных бумаг. Немедленно после вступления в силу решения федерального органа исполнительной власти по рынку ценных бумаг о приостановлении действия лицензии государственный орган, выдавший соответствующую лицензию, должен принять меры по устранению нарушений либо аннулировать лицензию;

- в случае неоднократного нарушения в течение одного года профессиональными участниками рынка ценных бумаг требований, предусмотренных ст. 6 и 7 (за исключением п. 3 ст. 7) Федерального закона от 7 августа 2001 г. N 115-ФЗ "О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма"[\*(152)](#sub_99152), принимать решение об аннулировании лицензии на осуществление профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг;

- по основаниям, предусмотренным законодательством РФ, отказать в выдаче лицензии саморегулируемой организации профессиональных участников рынка ценных бумаг, аннулировать выданную ей лицензию с обязательным опубликованием сообщения об этом в средствах массовой информации и др.

Особенность определения правового режима участия государства в регулировании экономики заключается в том, что оно само устанавливает соответствующий режим правового регулирования для себя.

Механизм правового регулирования определяется как система правовых средств, при помощи которой обеспечивается результативное правовое воздействие на общественные отношения.

Механизм правового регулирования реализуется "правовыми режимами", определяющими "порядок регулирования, который выражен в многообразном комплексе правовых средств, характеризующих особое сочетание взаимодействующих между собой дозволений, запретов, а также позитивных обязываний и создающих особую направленность регулирования"[\*(153)](#sub_99153).

Дозволительное, или диспозитивное, построение правового материала свойственно правовому регулированию предпринимательской деятельности; обязывающее, императивное построение правового материала - правовому регулированию отношений по государственному регулированию экономики, а также правовому регулированию деятельности органов государства в сфере экономики.

В целом следует сделать вывод о том, что применительно к отношениям рыночной экономики правовое регулирование характеризуется использованием различных средств, образуя их неразрывное единство, позволяющее говорить об особом типе, режиме правового регулирования, обладающем определенной совокупностью приемов, методов, средств.

Использование при правовом регулировании предпринимательской деятельности таких средств регулирования, как позитивные обязывания и запреты, не означает отсутствия свободы предпринимательства, отказа от принципа свободы предпринимательской деятельности.

Как отмечает В.В. Лаптев, "одним из принципов хозяйственного права является свобода предпринимательства, однако она не безгранична, должна быть направлена на удовлетворение не только частных, но и публичных интересов. А это может быть достигнуто только с помощью государственного регулирования экономики"[\*(154)](#sub_99154).

Принцип свободы предпринимательской деятельности закреплен в ст. 34 Конституции РФ, устанавливающей, что каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом деятельности. В этой же норме Конституции РФ устанавливается запрет на экономическую деятельность, направленную на монополизацию и недобросовестную конкуренцию.

В философии имеется множество определений свободы, различные точки зрения на сущность этого сложного явления[\*(155)](#sub_99155). В "Большой советской энциклопедии" свобода определяется как способность человека действовать в соответствии со своими интересами и целями, опираясь на познание объективной необходимости[\*(156)](#sub_99156).

Конституционный принцип свободы предпринимательской деятельности закреплен в действующих нормативных актах Российской Федерации. По мнению В.Ф. Попондопуло, принцип свободы предпринимательской деятельности легально закреплен в определении предпринимательской деятельности в ст. 2 ГК РФ[\*(157)](#sub_99157). Однако Гражданский кодекс РФ говорит не о свободе как признаке предпринимательской деятельности и вообще не упоминает такого понятия, а о самостоятельности предпринимательской деятельности. Таким образом, возникает вопрос о соотношении свободы и самостоятельности при характеристике и осуществлении предпринимательской деятельности. Представляется, что самостоятельность можно охарактеризовать как персонифицированную свободу, реализуемую в деятельности предпринимателя. Самостоятельность - элемент свободы, дающий возможность предпринимателю самому принимать решения.

Следует согласиться с В.В. Ровным, который утверждает, что "самостоятельность" выигрывает и перед "свободой", и перед "инициативностью" - сходными по содержанию категориями. К тому же по сравнению с "самостоятельностью" первое свойство видится большим, а второе меньшим по объему. Поэтому нельзя согласиться с тем, что самостоятельность дополняется свободой[\*(158)](#sub_99158): экономическая свобода обусловливает самостоятельность, которая, в свою очередь, предполагает и инициативу[\*(159)](#sub_99159).

Принцип свободы предпринимательской деятельности тем или иным образом закреплен в конституциях многих стран с развитой рыночной экономикой. Свобода предпринимательской деятельности рассматривается в качестве публичной свободы, публичного права.

Г.А. Гаджиев отмечает, что, "говоря о публичных свободах, мы имеем в виду такую сферу отношений государства и личности, в которую вторгается государство, поскольку реализация этих свобод человеком затрагивает интересы общества. В связи с этим законодатель, регулируя публичные свободы, может пойти в своей регламентации дальше, чем при регламентации личных свобод"[\*(160)](#sub_99160).

В решениях Конституционного совета ФРГ от 27 ноября 1959 г., от 18 декабря 1964 г., от 27 февраля 1967 г. был сделан вывод о том, что свобода предпринимательства является гораздо более ограниченной в своих проявлениях, чем любая иная свобода; действительно, в экономической области законодатель может осуществлять "вмешательство со стороны государственной власти, которое он посчитает необходимым в общих или национальных интересах"[\*(161)](#sub_99161). Из этого следует важный вывод: Конституционный совет ФРГ не рассматривает свободу предпринимательства ни как всеобъемлющую, ни как абсолютную. Законодатель не вправе устанавливать для свободы предпринимательства только "произвольные или незаконные" ограничения (решение Конституционного совета ФРГ от 16 января 1982 г.). При этом произвольным считается такое ограничение, которое базируется на неосновательной дискриминации (в нарушение принципа равенства), а незаконным - такое ограничение основного права, которое оставляет за частным сектором только ту сферу, которая неизмеримо мала по объему в сравнении с масштабами деятельности государственного сектора[\*(162)](#sub_99162).

Д.И. Дедов также отмечает, что свобода экономической деятельности не принадлежит к абсолютным и неотчуждаемым правам, не подлежащим ограничению[\*(163)](#sub_99163).

"Свободные и равные товаровладельцы, встречающиеся на рынке, являются таковыми только в абстрактном отношении приобретения и отчуждения. В действительной жизни они связаны друг с другом многообразными отношениями зависимости", - писал Е.Б. Пашуканис[\*(164)](#sub_99164).

Свобода имеет границы, всегда ограниченна. "Внешняя свобода лица всегда была ограничена свободою других лиц в той именно мере, в какой этого требует добро"[\*(165)](#sub_99165).

Важно определить взаимоотношения государства, права и свободы.

В этом вопросе исходное положение заключается в том, что предназначение государства и права состоит не только и не столько в ограничении свободы, сколько в способствовании ее достижению, обеспечению и реализации. Государство совсем не обязательно противостоит свободе, свобода и государство не антагонистические, взаимоисключающие явления, они дополняют друг друга[\*(166)](#sub_99166).

Учитывая определяющую роль государства в формировании права, закона, следует сделать вывод и об отсутствии антагонизма между свободой и правом, поскольку свобода человека начинается с того момента, когда в государстве, в котором он живет, вступают в действие принятые законы[\*(167)](#sub_99167).

Право как особая область социальной деятельности возникает в виде особого механизма социальной регуляции свободы[\*(168)](#sub_99168).

Государство и право в определенных правовых формах способствуют достижению свободы. Право, с одной стороны, - условие и гарантия свободы, а с другой - основание и мера ограничения свободы. Однако основной вывод заключается в том, что цель государства и права заключается не в ограничении свободы, а в создании условий, способствующих ее реализации, что в сфере экономики означает создание условий для эффективного функционирования рыночной экономики.

Право ограничивает не только предпринимательскую деятельность, но и деятельность государства в сфере регулирования экономики. По существу, государство ограничивает само себя, и в этом особенность взаимоотношений государства и права в контексте проблемы свободы предпринимательской деятельности.

Запреты всегда носят правовой характер, поскольку могут применяться, лишь будучи зафиксированными в правовых нормах. Способами правового регулирования, с помощью которых устанавливаются ограничения и запреты, являются позитивные обязывания и правовые запреты.

Запреты проявляются в реальной действительности как те или иные разрешения, предписания, приказы, конкретные запреты и т.д., предполагающие, например, обязанность по лицензированию, запреты на определенные виды деятельности (деятельность специализированного регистратора на рынке ценных бумаг является исключительной), регистрация, получение необходимых сертификатов и т.д.

В литературе было высказано мнение о том, что "именно нормы частного права гарантируют свободу в экономической сфере"[\*(169)](#sub_99169).

Столь однозначное мнение вряд ли соответствует действительности, учитывая, например, роль и значение норм Конституции РФ в обеспечении свободы экономической деятельности.

Запреты должны устанавливаться лишь тогда, когда иные средства государственного регулирования не могут быть использованы, и только с целью обеспечения интересов государства и общества в соответствии с Конституцией РФ. Данное положение должно рассматриваться как принцип деятельности государства в лице его органов.

Так, Указом Президента РФ от 22 февраля 1992 г. N 179 утвержден Перечень видов продукции и отходов производства, свободная реализация которых запрещена[\*(170)](#sub_99170). К такой продукции и отходам производства относятся, в частности:

- драгоценные и редкоземельные металлы и изделия из них;

- драгоценные камни и изделия из них;

- стратегические материалы;

- вооружение, боеприпасы к нему, военная техника, запасные части, комплектующие изделия и приборы к ним, взрывчатые вещества, средства взрывания, пороха, все виды ракетного топлива, а также специальные материалы и специальное оборудование для их производства, специальное снаряжение личного состава военизированных организаций и нормативно-техническая продукция на их производство и эксплуатацию;

- ракетно-космические комплексы, системы связи и управления военного назначения и нормативно-техническая документация на их производство и эксплуатацию;

- боевые отравляющие вещества, средства защиты от них и нормативно-техническая документация на их производство и использование;

- уран, другие делящиеся материалы и изделия из них;

- рентгеновское оборудование, приборы и оборудование с использованием радиоактивных веществ и изотопов;

- результаты научно-исследовательских и проектных работ, а также фундаментальных поисковых исследований по созданию вооружения и военной техники;

- шифровальная техника и нормативно-техническая документация на ее производство и использование;

- яды, наркотические средства и психотропные вещества и др.

Подобного рода продукция может поставляться либо на основе квот, либо потребителям, имеющим разрешение на ее применение в Российской Федерации[\*(171)](#sub_99171).

Запреты устанавливаются государством и в отношении конкретных видов деятельности. Например, постановлением Правительства РФ от 30 августа 2001 г. N 643 утвержден Перечень видов деятельности, запрещенных в центральной экологической зоне Байкальской природной территории[\*(172)](#sub_99172), к числу которых относятся, в частности:

- лесоводство с применением опасных для экологической системы озера Байкал средств защиты растений, а также использование авиации при применении средств борьбы с вредителями леса;

- лесозаготовки с проведением рубок главного пользования, а в кедровых лесах - всех видов рубок, за исключением рубок ухода за лесом и выборочных санитарных рубок;

- заготовка живицы;

- добыча сырой нефти и природного газа;

- добыча радиоактивных руд;

- добыча металлических руд;

- деятельность горнодобывающая и по разработке карьеров в части разведки и разработки новых месторождений, ранее не затронутых эксплуатационными работами;

- добыча песка, гальки, гравия и щебня в акватории озера Байкал, в его прибрежной защитной полосе, в руслах нерестовых рек и их прибрежных защитных полосах, кроме дноуглубительных работ;

- выделка и крашение меха;

- дубление и выделка кожи;

- производство целлюлозы, бумаги, картона и изделий из них без использования бессточных систем водопользования на производственные нужды;

- коксохимическое производство, производство продукции нефтеперегонки, радиоактивных веществ и продукции на их основе;

- производство продуктов химического синтеза;

- производство резиновых и пластмассовых изделий;

- производство неметаллических прочих минеральных продуктов;

- производство металлургическое и др.

Государство и в условиях командно-административной системы управления экономикой широко использовало запреты как средство государственного регулирования, однако имеется принципиальное различие между использованием запретов в прежней системе экономики России и в современной. В.Н. Шретер писал в 1928 г.: "Вся действующая система нашего хозяйства коренным образом отличается от того, что мы имеем на Западе, не только потому, что развитие ее направляется в сторону построения социалистического хозяйства, но и потому, что в настоящее время в ряде основных моментов мы имеем совершенно своеобразные построения, выражающие и сейчас уже принципы централизованного планового хозяйства. Отражая начала вольного рынка, ст. 5 ГК признала за гражданами, как правило, право "избирать не воспрещенные законом занятия и профессии, организовывать промышленные и торговые предприятия с соблюдением всех постановлений, регулирующих промышленную и торговую деятельность и охраняющих применение труда". Формально это означало признание того же принципа свободы предпринимательства, который мы имеем и на Западе, но по существу у нас это право крайне ограниченно, и правилом является в сущности не оно, а те исключения, которые его отрицают, ибо большая часть отраслей хозяйства по линии крупных предприятий, за исключением внутренней торговли, по закону обособлена в пользу государства и закрыта для частной инициативы"[\*(173)](#sub_99173).

Запреты в рыночной экономике и предпринимательстве устанавливаются нормативными актами различной юридической силы. Это указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, ведомственные нормативные акты. В некоторых случаях они устанавливаются непосредственно законами. Так, Федеральным законом от 22 марта 2003 г. N 34-ФЗ "О запрете производства и оборота этилированного автомобильного бензина в Российской Федерации"[\*(174)](#sub_99174) в целях предотвращения вредного воздействия на здоровье человека и окружающую среду с 1 июля 2003 г. запрещено производство и оборот этилированного автомобильного бензина в Российской Федерации.

Такое разнообразие закрепления в нормативных актах разной юридической силы одного из самых строгих инструментов государственного регулирования, конечно же, не вполне обоснованно. Именно закон должен придавать юридическую форму такому правовому средству. Поэтому представляется обоснованной норма п. 4 ст. 22 Хозяйственного кодекса Украины, предусматривающая, что только законом могут быть определены виды хозяйственной деятельности, которую разрешается осуществлять исключительно государственным предприятиям, учреждениям и организациям.

Запреты достаточно широко используются и в рыночных экономиках зарубежных стран[\*(175)](#sub_99175). Так, в Италии отдельным лицам запрещено владеть более 5% акций акционерных обществ, деятельность которых имеет общегосударственное значение[\*(176)](#sub_99176).

Г.А. Гаджиев приводит позицию Верховного суда США, в соответствии с которой он отверг попытки ограничительного толкования слова "регулировать" в клаузуле о торговле. "Регулирование, - постановил суд, - означает не только защиту и стимулирование, но и ограничение и даже запрещение". Сфера железнодорожных перевозок оказалась первой, применительно к которой конгресс определил объем своих полномочий "регулировать торговлю". Закон о межштатной торговле США 1887 г., учредивший федеральную комиссию по регулированию торговли с довольно ограниченными полномочиями, был поддержан Верховным судом в деле "Межштатная Комиссия по регулированию против Бримсона" (1894 г.). Комиссия была охарактеризована в решении Верховного суда как необходимый и важный способ регулирования торговли.

В 1916 г. конгресс принял закон Адамса, тогда казавшийся совершенно необычным, которым устанавливался восьмичасовой рабочий день и точно определялся размер заработной платы и оплаты сверхурочного труда на железных дорогах. Верховный суд голосованием (пять против четырех) признал закон соответствующим конституции в деле "Вилсон против Нью" (1917 г.), обосновав принятое решение тем, что закон необходим для предотвращения перебоев в межштатной торговле из-за общенациональной забастовки.

Верховный суд США также встал на сторону конгресса, который в конце XIX в. использовал клаузулу о межштатной торговле для расширения федеральных полномочий в области общенациональной охраны правопорядка. Федеральный закон 1885 г. запретил перевозку лотерейных билетов из одного штата в другой. Голосованием (пять против четырех) он был поддержан судом в деле "Чемпион против Эймса" (1903 г.)[\*(177)](#sub_99177).

Запреты не являются, на наш взгляд, средствами, чужеродными для рыночной экономики и предпринимательства. Можно привести в подтверждение этого вывода, помимо приведенных, иные примеры. Так, в соответствии со ст. 95 Федерального закона от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)"[\*(178)](#sub_99178) (далее - Закон о банкротстве) при осуществлении процедуры внешнего управления устанавливается мораторий на удовлетворение требований кредиторов, распространяемый на денежные обязательства и обязательные платежи, сроки исполнения которых наступили до введения внешнего управления.

В течение срока действия моратория на удовлетворение требований кредиторов по денежным обязательствам и об уплате обязательных платежей:

- приостанавливается исполнение исполнительных документов по имущественным взысканиям, иных документов, взыскание по которым производится в бесспорном порядке, не допускается их принудительное исполнение, за исключением исполнения исполнительных документов, выданных на основании вступивших в законную силу до введения внешнего управления решений о взыскании задолженности по заработной плате, о выплате вознаграждений по авторским договорам, об истребовании имущества из чужого незаконного владения, о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, и возмещении морального вреда, а также о взыскании задолженности по текущим платежам;

- не начисляются неустойки (штрафы, пени) и иные финансовые санкции за неисполнение или ненадлежащее исполнение денежных обязательств и обязательных платежей, за исключением денежных обязательств и обязательных платежей, возникших после принятия заявления о признании должника банкротом, а также подлежащие уплате по ним неустойки (штрафы, пени).

На сумму требований конкурсного кредитора или уполномоченного органа в размере, установленном в соответствии со ст. 4 Закона о банкротстве на дату введения внешнего управления, начисляются проценты в порядке и в размере, предусмотренных настоящей статьей.

Проценты на сумму требований конкурсного кредитора, уполномоченного органа, выраженных в валюте РФ, начисляются в размере ставки рефинансирования, установленной Центральным банком РФ на дату введения внешнего управления.

Соглашением внешнего управляющего с конкурсным кредитором может быть предусмотрен меньший размер подлежащих уплате процентов или более короткий срок начисления процентов по сравнению с предусмотренными указанной статьей такими размером или сроком.

Подлежащие начислению и уплате в соответствии с настоящей статьей проценты начисляются на сумму требований кредиторов каждой очереди с даты введения внешнего управления и до даты вынесения арбитражным судом определения о начале расчетов с кредиторами по требованиям кредиторов каждой очереди, либо до момента удовлетворения указанных требований должником или третьим лицом в ходе внешнего управления, либо до момента принятия решения о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства.

Начисленные в соответствии с настоящей статьей проценты не учитываются при определении количества голосов, принадлежащих конкурсному кредитору, уполномоченному органу на собраниях кредиторов.

Начисленные в соответствии со ст. 4 Закона о банкротстве проценты в случае признания должника банкротом и открытия конкурсного производства подлежат удовлетворению в порядке, установленном п. 3 ст. 137 названного федерального закона.

Мораторий на удовлетворение требований кредиторов распространяется также на требования кредиторов о возмещении убытков, связанных с отказом внешнего управляющего от исполнения договоров должника.

Изложенные выше правила не применяются к денежным обязательствам и обязательным платежам, возникшим после принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом, срок исполнения которых наступил после введения внешнего управления.

Мораторий на удовлетворение требований кредиторов не распространяется на требования о взыскании задолженности по заработной плате, выплате вознаграждений по авторским договорам, о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, о возмещении морального вреда.

Прямые запреты содержатся в Законе РСФСР от 22 марта 1991 г. N 948-I "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках"[\*(179)](#sub_99179) (ст. 5): запрещаются действия (бездействие) хозяйствующего субъекта (группы лиц), занимающего доминирующее положение, которые имеют либо могут иметь своим результатом недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других хозяйствующих субъектов, в том числе такие действия (бездействие), как:

- изъятие товаров из обращения, целью или результатом которого является создание или поддержание дефицита на рынке либо повышение цен;

- навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (необоснованные требования передачи финансовых средств, иного имущества, имущественных прав, рабочей силы контрагента, согласие заключить договор лишь при условии внесения в него положений, касающихся товаров, в которых контрагент не заинтересован, и др.);

- создание условий доступа на товарный рынок, обмена, потребления, приобретения, производства, реализации товара, которые ставят один или несколько хозяйствующих субъектов в неравное положение по сравнению с другим или другими хозяйствующими субъектами (дискриминационные условия);

- создание препятствий доступу на рынок (выходу с рынка) другим хозяйствующим субъектам;

- нарушение установленного нормативными актами порядка ценообразования;

- установление, поддержание монопольно высоких (низких) цен;

- сокращение или прекращение производства товаров, на которые имеются спрос или заказы потребителей, при наличии безубыточной возможности их производства;

- необоснованный отказ от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) при наличии возможности производства или поставки соответствующего товара.

В исключительных случаях действия (бездействие) хозяйствующего субъекта, указанные выше, могут быть признаны правомерными, если хозяйствующий субъект докажет, что положительный эффект от его действий, в том числе в социально-экономической сфере, превысит негативные последствия для рассматриваемого товарного рынка[\*(180)](#sub_99180).

Использование запретов в предпринимательской деятельности не должно нарушать законных прав субъектов предпринимательства. Интересны с этой точки зрения выводы, содержащиеся в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 9 июля 2003 г. N 11 о практике рассмотрения арбитражными судами заявлений о принятии обеспечительных мер, связанных с запретом проводить общие собрания акционеров[\*(181)](#sub_99181). Высший Арбитражный Суд РФ считает, что запрещение проводить общее собрание акционеров фактически означает запрет акционерному обществу выполнять свою деятельность в части принятия решений общим собранием. Такая мера по содержанию противоречит смыслу обеспечительных мер, имеющих целью защиту интересов заявителя, а не лишение другого лица возможности и права осуществлять свою законную деятельность.

Поэтому суд не может в порядке принятия обеспечительных мер по спорам об обжаловании решений органов управления акционерного общества, о признании недействительными сделок с акциями общества, применении последствий недействительности таких сделок, признании недействительным выпуска акций акционерного общества, а также по иным спорам запрещать акционерному обществу, его органам или акционерам проводить годовое или внеочередное общее собрание акционеров.

Суд не может также принимать обеспечительные меры, фактически означающие запрет на проведение общего собрания акционеров, в том числе созывать общее собрание, составлять список акционеров, имеющих право на участие в общем собрании акционеров, предоставлять помещения для собрания, рассылать бюллетени для голосования, подводить итоги голосования по вопросам повестки дня.

Статья 91 АПК РФ[\*(182)](#sub_99182) (п. 2 ч. 1) допускает принятие судом обеспечительных мер в виде запрещения ответчику и другим лицам совершать определенные действия, касающиеся предмета спора. На основании указанной нормы суд при наличии условий, предусмотренных в ст. 90 и 91 АПК РФ, вправе запретить годовому или внеочередному общему собранию акционеров принимать решения по отдельным вопросам, включенным в повестку дня, если эти вопросы - предмет спора или непосредственно с ним связаны, а также в целях обеспечения иска запретить акционерному обществу, его органам или акционерам исполнять принятое общим собранием решение по определенному вопросу.

При разрешении вопроса о необходимости принятия обеспечительных мер суд, исходя из предмета заявленного искового требования и возможного судебного решения по данному иску, должен удостовериться в том, что в случае удовлетворения искового требования непринятие именно этой меры затруднит или сделает невозможным исполнение судебного акта: для осуществления своих прав, признанных или подтвержденных решением суда, истцу придется обратиться в суд с новым иском о признании недействительным решения общего собрания акционеров по соответствующему вопросу.

Если необходимость принятия обеспечительной меры заявитель обосновывает тем, что в случае непринятия судом этой меры ему будет причинен значительный ущерб, он должен обосновать возможность причинения такого ущерба, его размер, связь возможного ущерба с предметом спора, а также необходимость и достаточность для его предотвращения именно данной обеспечительной меры.

Принимая решения о применении обеспечительных мер, суд должен учитывать, что они не должны приводить акционерное общество к фактической невозможности осуществлять свою деятельность или к существенному затруднению его деятельности, а также к нарушению этим обществом российского законодательства.

Рассмотренные в настоящей главе (хотя и не все существующие) прямые средства государственного регулирования достаточно часто совмещаются друг с другом. Это хорошо видно на примере взаимодействия регистрации и лицензирования.

Не менее важно подчеркнуть взаимодействие и взаимосвязь прямых и косвенных средств государственного регулирования.

Как в первом, так и во втором случаях взаимодействие и взаимосвязь осуществляются через право. Именно в рамках правового регулирования, в рамках права и функционирует весь механизм средств государственного регулирования.

# К вопросу о правовой доктрине рисков (Бушев А.Ю.)

Становление рыночных отношений в России нуждается в эффективной правовой поддержке, выработке таких юридических конструкций, которые, с одной стороны, способствовали бы проявлению частной предпринимательской инициативы, а с другой - служили надежной опорой для защиты публичных интересов.

Российское частное право во все времена (даже в советское, хотя и в меньшей степени) черпало свои идеи в праве зарубежном. При этом в различные исторические периоды источники правовых решений изменялись сообразно экономическим успехам тех или иных государств. Система частного права была построена на основе правовой традиции экономически процветавшей Европы в XIX - начале XX в., в основном в немецком ее изложении. В настоящее время взор российского законодателя обращен в большей степени на институты доминирующей в мире Северной Америки. Наконец, в последние годы еще одним источником юридических конструкций являются специализированные международные организации, консолидирующие в результате своей деятельности опыт правового регулирования различных государств[\*(183)](#sub_99183).

Зарубежный и международный опыт регулирования экономической деятельности предоставляет широкий выбор правовых решений, многие из которых уже были восприняты отечественным законодателем. В то же время правовые идеи, выращенные и оправдавшие себя в различных экономических и политических условиях за рубежом, в России подчас не приживаются, а в некоторых случаях и мешают друг другу.

Применение успешного опыта вполне объяснимо. Между тем ясно, что его отбор должен определяться экономической, политической и правовой средой, уже имеющейся в России. Из каких критериев должен исходить отечественный законодатель при решении, какие институты следует заимствовать, а с какими лучше подождать? Зарубежная доктрина сравнительного правоведения, дисциплина относительно новая для отечественной науки, предлагает несколько подходов. В настоящей статье обосновываются предложения по формированию прикладного научного направления в сфере коммерческого права, которое условно можно назвать правовой доктриной рисков.

Рассмотрим основные методологические теории, разрабатываемые в зарубежной доктрине сравнительного правоведения и применимые к предпринимательству.

В соответствии с теорией трансплантатов успешность нововведения зависит от ряда факторов. Одни полагают, что правовые конструкции, уже оправдавшие себя в различных экономических условиях, обязательно приживутся и позитивно проявятся в любой экономической среде. Сторонники противоположной позиции считают, что решающее значение принадлежит не качеству трансплантата, а среде, в которую он вживляется[\*(184)](#sub_99184). Поэтому заимствование должно осуществляться из правовых систем (доноров), максимально схожих по своим условиям с системой принимающей. Ясно между тем, что едва ли в мире найдется экономическая среда, полностью соответствующая российской (хотя бы уже в силу ее территориальных особенностей).

Другое направление сравнительного правоведения, называемое теорией конкуренции правопорядков, исходит из того, что наиболее эффективные правовые институты выявятся в результате конкуренции между государствами в борьбе за инвесторов. Законодатели будут стремиться создать у себя наиболее благоприятную среду, с тем чтобы привлечь инвестиции в экономику[\*(185)](#sub_99185). Очевидно, что реализация такой идеи возможна только в расчете на перспективу: для получения положительного результата потребуется немало времени. В то же время согласно этой теории международному сообществу, федеральному законодателю и т.п. уже сегодня следует стремиться не к унификации права субъектов, а к его гармонизации (т.е. к созданию только основ, рамок регулирования).

Еще одно направление юридической науки, занимающей умы зарубежных специалистов сравнительного правоведения, концентрируется на анализе преимуществ и недостатков различных систем организации правовых норм: прежде всего англосаксонской (общего права) и континентальной (кодифицированного, гражданского права). Условно это направление назовем теорией государственного и частного регулирования[\*(186)](#sub_99186). При этом в качестве основного обсуждается вопрос об эффективности судебного нормотворчества в противовес законодательному. Итогом дискуссии является вывод о том, что предпринимательская свобода должна ограничиваться государством в исключительных случаях. Соблюдение норм, выработанных предпринимателями в заключаемых ими соглашениях (частное регулирование), должно обеспечиваться государством в не меньшей степени, чем соблюдение норм, исходящих от самого государства. Приводится аргумент о том, что страны общего права в последнее время демонстрируют значительные экономические успехи в сравнении со странами кодифицированного права.

Объясняется это, в частности, следующими соображениями.

Во-первых, регулирование должно основываться на потребностях самих предпринимателей, а не на понимании этих потребностей законодателем. Законодатель, принимающий нормы поведения, подвержен сильному воздействию со стороны так называемых групп влияния (политические партии, олигархи, доминирующие правовые школы и т.п.). Поэтому соответствующие законы необязательно будут отражать интересы предпринимателей и общества в целом. В этом смысле, по мнению сторонников англосаксонской системы, действующие правила избрания и деятельности судей обеспечивают их большую независимость и беспристрастность, чем у законодателей и тем более у чиновников. Разрешая спор, судья стремится к поиску компромисса, а следовательно, к выработке таких моделей поведения (норм), которые при применении в последующем в качестве прецедента должны способствовать бесконфликтности в отношениях между предпринимателями.

Во-вторых, суд, принимая решение, не только руководствуется формулами закона, но и обязан быть справедливым. Давние традиции права справедливости способствуют добровольному исполнению предпринимателями не только судебных решений, но и следованию выработанным судами нормам.

Разумеется, у системы общего права имеются и свои недостатки (доступность правосудия и т.п.), а влияние судебного нормотворчества на законодателя усиливается и в странах континентальной системы права (постановления Европейского суда по правам человека, Конституционного Суда РФ, право законодательной инициативы и др.). Между тем очевидно, что для институтов, заимствованных из стран с традициями судебного нормотворчества, потребуется соответствующая правовая среда.

Наконец, направление зарубежной юриспруденции, послужившее в качестве основы излагаемой далее правовой доктрины рисков, называется теорией права и экономики.

Пересечение между экономическими и юридическими явлениями проявляется в институтах, т.е. определенных моделях поведения, которые могут получать, а могут и не получать поддержку со стороны государства. Ключевым элементом любого института, по мнению автора, является категория риска. Для оценки в целях заимствования зарубежных правовых институтов, а также выработки новых правовых конструкций в сфере коммерческого права автор предлагает законодателю и судьям учитывать основные положения теории управления рисками, разрабатываемой в менеджменте.

Таким образом, связь(и) между экономическими и правовыми институтами или между различными правовыми институтами предлагается устанавливать с учетом методологии, используемой в управлении. Однако применение управленческой теории для правовых явлений в данном случае имеет свои особенности. Управление рисками в экономических и правовых моделях поведения человека (институтах) должно осуществляться в соответствии с определенными правилами - формулируемыми в данной работе критериями справедливости.

Следует также заметить, что, как будет видно из последующего изложения, предлагаемая доктрина учитывает основные положения иных теорий, в том числе упоминавшихся выше, и в этом смысле является комплексной. В частности, в законотворчестве любого государства при создании правовых институтов предлагается использовать некоторые общие (универсальные) и специальные модели управления рисками.

Выбор в качестве базовых теорий права и экономики обусловлен тем, что предпринимательская деятельность, будучи направленной на извлечение прибыли, является по сути своей деятельностью экономической. Очевидно, и не требует дополнительных доказательств то, что предприниматель избирает те модели экономического поведения, которые, по его субъективному мнению, способствуют достижению названной цели, независимо от того, закреплены эти модели в законе или нет. Основным ориентиром для выбора предпринимателя в силу специфики цели чаще всего является экономическая выгода, которая выводится из разницы поступающего дохода и соответствующих ему затрат. Если соблюдение закона экономически невыгодно (неоправданно затратно), то закрепленные в нем модели поведения предпринимателем избираться не будут. Закономерности экономического поведения человека по выбору и соблюдению им тех или иных моделей поведения, включая законодательные, в основном и исследуются теорией права и экономики.

Зарождение экономического направления в юриспруденции связывают с именами в основном немецких юристов, исследовавших влияние экономики на право и обращавших внимание (в сравнении с другими регуляторами поведения) "не только на главенствующую, но и определяющую роль экономических условий в процессе образования и развития права"[\*(187)](#sub_99187). "Законодательная власть не создает закона - она лишь открывает и формулирует его"[\*(188)](#sub_99188).

Эти взгляды получили дальнейшее развитие, но уже прикладное, трансформировавшись в комментируемую теорию на другом континенте - в США[\*(189)](#sub_99189), а затем, обновленные, были поддержаны европейскими экспертами. В России работы по этой теме также встречаются, однако содержание их иное, оно обычно сводится к изложению результатов зарубежных исследований[\*(190)](#sub_99190) или же основных положений теории макроэкономики[\*(191)](#sub_99191). Кроме того, немалое внимание отечественной юриспруденции, впитавшей в себя в этой части политизированные традиции советской школы, по-прежнему уделено разрешению общего вопроса о взаимовлиянии права и экономики, об их месте в базисе и надстройке[\*(192)](#sub_99192), о соотношении публичного и частного методов регулирования экономических отношений[\*(193)](#sub_99193).

Зарубежная же доктрина развивает и другие, более прикладные направления: сформировав некоторые подходы по общим вопросам (надо отметить, не всегда единые), ученые применяют их к различным правовым институтам, оценивая эффективность конкретных правовых норм экономическими средствами (договорное право[\*(194)](#sub_99194), право организаций[\*(195)](#sub_99195), судебных доказательств[\*(196)](#sub_99196), антимонопольное право и др.[\*(197)](#sub_99197)). Можно в этом смысле говорить о предоставлении юридической науке и практике еще одного специального метода исследования - метода экономического анализа правовых институтов.

# Основные положения институциональной теории права и экономики. Экономическое значение риска

Не останавливаясь на существующих математических алгоритмах измерения экономической эффективности правового института, назову основные положения, разделяемые и используемые в целом при анализе конкретных правовых институтов, хотя и с некоторыми оговорками, представителями большинства научных школ теории права и экономики[\*(198)](#sub_99198). Именно эти, а также некоторые иные положения и могут применяться юристами.

Во-первых (Methodological Individualism), экономическая оценка права должна основываться на анализе поведения индивида, его личных интересов. Коллективные решения о выборе модели поведения в конечном итоге являются отражением индивидуальных интересов. Вывод о приоритете индивидуальных интересов распространяется, находя уточнение в других положениях, как на частных лиц, так и на представителей публичной власти[\*(199)](#sub_99199).

Во-вторых (Rational Choice), любой разумный индивид будет стремиться к наибольшему удовлетворению значимой для него потребности с наименьшими затратами для себя. При этом существует и вероятность некоторого отклонения от рационального поведения, обусловленная психологическими особенностями человека. Восприятие индивидом правовой нормы и следование ей предопределяется во многом его персональным пониманием рациональности.

В-третьих (Stable Preferences), основные предпочтения конкретного индивида, уровень значимости для него тех или иных потребностей в среднем стабилен на протяжении его сознательной и самостоятельной жизни, хотя, конечно же, может изменяться под влиянием жизненных обстоятельств. Избирая модель поведения, человек, скорее всего, будет отдавать предпочтение тем же ценностям, которые были для него наиболее значимы ранее.

В-четвертых (Equilibrium), взаимодействуя между собой, индивиды в среднем стремятся к бесконфликтности, к установлению баланса интересов[\*(200)](#sub_99200).

Формулирование приведенных выше базовых принципов экономического поведения человека должно способствовать объяснению общих реакций человека на объективно существующие экономические условия независимо от особенностей их проявления в различные исторические периоды. И уже особенности экономической среды повлияют на выбор человеком модели поведения для удовлетворения своей имущественной потребности в конкретный период времени (с сохранением базовых поведенческих проявлений и общих реакций на объективные условия). Что же касается специфики правовой и политической среды, то она проявится в том, какие модели поведения изберет публичная власть и каким образом распространит их среди частных лиц - членов соответствующего общества. Иными словами, как будут соотноситься между собой экономические институты (основанные на психологической реакции человека на объективные условия окружающей среды) и правовые институты (основанные на воле представителей публичной власти)?

Экономическая составляющая теории права и экономики получает подпитку из распространенных за рубежом институциональной, (включая неоинституциональную) и уточняющей их поведенческой теорий[\*(201)](#sub_99201). Нетрудно заметить из названия институциональной теории, что экономисты, так же как и юристы, оперируют понятием института[\*(202)](#sub_99202). Исследование одних и тех же институтов, но разными методами позволяет увидеть в изучаемом явлении те признаки, которые юристы обычно игнорируют. Но если в условиях советской социалистической системы хозяйствования с ее командно-административным методом управления было оправданно и объяснимо почти полное отсутствие экономического анализа конкретных юридических институтов (субинститутов), то в условиях рыночной экономики юристам целесообразно свою методологию обновить[\*(203)](#sub_99203).

# Общие факторы, влияющие на поведение человека

Экономическое поведение человека складывается под воздействием множества объективных факторов. При этом общими факторами, действующими в любой экономической среде, являются, во-первых, фактор предопределенности взаимодействия между людьми, во-вторых, фактор ограниченности ресурсов, необходимых для удовлетворения экономических потребностей, и, в-третьих, фактор неопределенности между поведением и ожидаемым результатом. Указанные факторы определяют направленность экономического поведения человека и влияют на выбор модели поведения, необходимой для удовлетворения соответствующей потребности. Уточним эту мысль.

# Предопределенность взаимодействия между людьми

Для наилучшего использования принадлежащей человеку ценности (особенно с целью извлечения прибыли) он, объективно находясь в сообществе людей, всегда заинтересован в поведении других лиц определенным образом.

С одной стороны, обладатель ценности (экономический собственник) заинтересован в том, чтобы иные лица (все и каждый) не препятствовали ему использовать значимый объект по своему усмотрению, не вторгались в сферу его господства над ценностью, не претендовали на нее. С другой стороны, экономический собственник может решить, что для наиболее эффективного использования ценности (в том числе для ее обмена на иную) необходимо содействие других лиц. Поэтому поведение экономического собственника в отношениях с иными лицами всегда будет направлено, во-первых, на защиту ценности от их нежелательных притязаний и (или) несанкционированного вторжения в сферу своего господства над ценностью, а во-вторых, на использование в своем интересе активного поведения избранных им лиц.

# Направленность взаимодействия. Трансакционные издержки

Институциональная теория акцентирует внимание на том, что любое поведение, связанное с одной из форм взаимодействия с иными лицами (всеми и каждым или с конкретными), - затратно. Затраты, необходимые обладателю ценности для извлечения ее полезных свойств, принято называть "трансакционными издержками"[\*(204)](#sub_99204). Взаимодействие с иными лицами объективно обусловлено, и оно в силу затратности влияет на способ использования соответствующей ценности, предопределяет модель поведения человека.

При выявлении видов трансакционных издержек институционалисты исходят из необходимости учета следующих объективно существующих факторов. Это: а) фактор неполноты информации при принятии решения о выборе того или иного поведения, б) фактор ожидания действия других в отношении себя, в) фактор влияния коллективных действий и институтов, выражающегося в определенной заданности индивидуального поведения общественно признаваемыми моделями поведения (в том числе правом).

Указанные факторы предопределяют наличие следующих видов издержек, обычно возникающих при любом экономическом взаимодействии между людьми.

К первой группе относятся издержки, возникающие до взаимодействия и связанные, как правило, с поиском информации о контрагенте, о его полезности, о его притязаниях на ценность, о наилучшем варианте использования ценности в своем интересе и т.п. Взаимодействие может состоять из нескольких этапов, поэтому перед каждым из них возникают издержки по сбору и обработке информации. Вторая группа - это издержки ведения переговоров об условиях взаимодействия. Третья группа трансакционных издержек включает в себя расходы, связанные с определением качества и иных характеристик ценности, измерения ее свойств для сравнения с другими ценностями. И, наконец, четвертая группа - издержки по доказыванию принадлежности прав на ценность и их защите от притязаний иных лиц.

Трансакционные издержки могут быть понесены как в результате активного поведения экономического собственника, так и в результате его пассивного поведения, при бездействии. Например, расходы возникают при поиске контрагента, ведении с ним переговоров, контроле над исполнением им должного, принятии защитных мер и т.д. В случае полного бездействия или не самого эффективного активного поведения для конкретной ситуации (частичного бездействия) дополнительные затраты могут возникнуть в последующем, издержки являются отложенными или же (и) они могут проявиться как утраченные возможности (неполученная прибыль). Скажем, если своевременно не позаботиться о доказательствах принадлежности ценности и ее определенном (дозволенном) использовании, то в случае конфликта с иными претендующими на ценность лицами она может быть в последующем утрачена либо расходы на ее оставление и содержание превысят ожидаемый полезный эффект.

Таким образом, обладание любой экономической ценностью является для ее носителя затратным. Собственник несет не только "бремя содержания принадлежащего ему имущества" (ст. 210 ГК РФ), но и, если быть точнее, бремя его использования в своих интересах. Но каково отношение человека к этим затратам?

Экономической[\*(205)](#sub_99205) и психологической[\*(206)](#sub_99206) науками установлено, что поведение любого разумного (рационального) человека, преследующего цель удовлетворения какого бы то ни было имущественного интереса, направлено в конечном итоге на решение двух задач. Это, во-первых, снижение затрат (трансакционных издержек), необходимых для удовлетворения экономического интереса, а во-вторых, получение имущества (вещь, жилье, доход), имеющего наивысшую стоимость и поэтому способного удовлетворить имущественный интерес полнее. Данная закономерность нашла отражение и в российской юридической литературе применительно к удовлетворению любого, а не только экономического интереса: человек стремится к максимализации положительных и минимизации отрицательных последствий[\*(207)](#sub_99207).

Понятно, что в зависимости от особенностей экономической деятельности несение затрат и получение дохода во времени часто не совпадают. Например, положительный эффект (доход) от маркетинговых затрат может проявиться лишь через несколько лет. Далеко не сразу (если когда-нибудь вообще) окупаются все затраты на судебные и административные издержки. Между тем каждый человек сообразно своим способностям и возможностям будет таким образом организовывать свое поведение, чтобы в конечном итоге, по его представлению, затрат было меньше, а доход больше.

Ограниченность ресурсов, необходимых для удовлетворения индивидуальной (личной) потребности каждого члена сообщества, - следующий фактор, объективно влияющий на выбор модели поведения. Для всех одновременно ресурсов не хватает. В результате члены сообщества находятся в состоянии конкурентной борьбы за доступ к экономическим ресурсам. Такое положение создает явный, скрытый или потенциальный конфликта между взаимодействующими лицами. Человек будет избирать модели поведения, которые при прочих равных условиях (и прежде всего при удовлетворительном балансе расходов и доходов) максимально увеличат его возможности по использованию искомого ресурса.

Неопределенность между поведением и результатом - следующий фактор, объективно влияющий на выбор человеком модели поведения в любой экономической среде. Состояние полной (абсолютной) определенности результата взаимодействия для большинства случаев недостижимо. В литературе принято выделять два типа связей между событием (поведением) и результатом. Это закономерность и случайность. Закономерность никогда не бывает абсолютной (равной единице): при статистическом исследовании большого множества повторений все равно проявятся отклонения[\*(208)](#sub_99208). Диапазон отклонений разнится в зависимости от области знаний. Он меньше в среднем для точных наук, а для экономики измеряется в соответствии с принципом минимакса Парето. Всегда могут проявиться случайные события. Подобная случайность чаще всего и характеризуется категорией риска[\*(209)](#sub_99209).

В условиях неопределенности результата выбор той или иной модели поведения для достижения цели снижения затрат и повышения доходов в условиях борьбы за ограниченный ресурс будет зависеть от объективных рисков и от связанных с ними рисков субъективных.

Объективные риски - это те обстоятельства, влияющие на наступление искомого результата, которые обычно возникают при сравнимых и относительно равных условиях, не зависят от конкретного субъекта и характеризуются известной повторяемостью. Проявление таких рисков оценивается количественно на основе статистических данных с применением математических методов теории вероятности[\*(210)](#sub_99210). При возникновении соответствующего обстоятельства интерес одного из участников экономического взаимодействия, возможно, пострадает, возникнут незапланированные издержки, хотя, наверное (но не обязательно), кто-то из участников и получит дополнительный доход. Для минимизации вероятности (случайности) проявления нежелательных обстоятельств и (или) степени их вредоносности в экономические отношения вводятся дополнительные условия (защитные меры). Дополнительное условие изменяет ситуацию, минимизирует риск, а следовательно, влияет на вероятность проявления указанных обстоятельств.

Под минимизацией риска необходимо понимать принятие комплекса различных мер, направленных, с одной стороны, на устранение (или) снижение до экономически приемлемого состояния воздействия неблагоприятных обстоятельств, препятствующих удовлетворению имущественного интереса, а с другой стороны, на использование благоприятных обстоятельств (возможностей) для наиболее эффективного и полного удовлетворения интереса. Минимизируя риск, заинтересованное лицо воздействует на ситуацию неопределенности результата в целях извлечения наиболее положительного эффекта как от своего поведения, так и от поведения иных лиц, с которыми заинтересованное лицо взаимодействует.

Для предпринимательской деятельности возникновение первичных затрат (издержек) не совпадает во времени с получением ожидаемого дохода. Обычно чем больше отрезок времени между затратами и соответствующим доходом, тем выше вероятность наступления нежелательных обстоятельств (препятствий для получения искомого) и выше риск, а следовательно, выше вероятность превышения издержек над доходами (неокупаемости затрат, возникновения убытков). Неполучение ожидаемого результата, неокупаемость или (и) появление нежелательных дополнительных издержек могут возникнуть вследствие проявления обстоятельств, находящихся вне осознания и (или) сферы влияния (воздействия) контрагентов экономических отношений (политические решения, финансовые кризисы, поведение третьих лиц и т.п.)[\*(211)](#sub_99211).

Субъективные риски (вероятность) характеризуются особенностями восприятия каждым конкретным индивидом рисков объективных. Такое восприятие зависит от множества личностных факторов (предшествующего жизненного опыта, образования, пола, национальности и т.д.)[\*(212)](#sub_99212).

По мнению Э. Агацци, "риск является глубинной внутренней характеристикой человеческой природы и человеческих действий... с одной стороны, человек - единственное существо, способное рисковать; с другой, человек не может избежать риска, он неизбежно подвержен риску"[\*(213)](#sub_99213).

Субъективное восприятие не влияет на объективные риски, однако сказывается на выборе конкретным индивидом той или иной модели поведения. Более того, субъективная оценка вероятности (риска) часто не соответствует объективному риску. Известно, что в бизнесе, который наполнен объективными рисками, решения индивидами принимаются по-разному в зависимости от пола, национальной культуры и т.д.[\*(214)](#sub_99214) Восприятие в среднем общих закономерностей (объективные риски) может быть различным у конкретных лиц (субъективный риск). Соответственно при равных объективных рисках выбор модели поведения может различаться в зависимости от особенностей личности.

В то же время поскольку формирование субъективного риска во многом происходит под воздействием внешней для человека среды, то одинаковые объективные условия, действующие на определенной территории или (и) во времени, могут определять и схожие модели поведения разных индивидов. Не случайно поэтому склонность населения к риску различается, например, на американском и европейском континентах, на других территориях. Это обстоятельство отчасти объясняет особенности состояния и правового регулирования американского, европейского, азиатского и мусульманского рынков ценных бумаг[\*(215)](#sub_99215). Таким образом, риск объясняет неопределенность. Риск же во многом определяет выбор человеком модели поведения, способствующей, по мнению индивида, реализации зависимости между определенным поведением и результатом (удовлетворением потребности).

# Отклонения от рационального поведения

С учетом сказанного человек, казалось бы, будет выбирать наиболее рациональные модели поведения, итогом применения которых должен быть наиболее высокий доход. Между тем рациональность в принятии решения о выборе выгодной модели поведения часто испытывает на себе влияние различных поведенческих отклонений, свойственных в той или иной степени большинству индивидов. Поэтому ожидаемое рациональное поведение может и не последовать: математически выверенная рациональность в выборе подвержена случайности[\*(216)](#sub_99216).

Известно, например, что в большинстве случаев поведение, ранее себя оправдавшее, скорее всего (но не обязательно) будет дублироваться, повторяться[\*(217)](#sub_99217). "От добра добра не ищут". Рационализм здесь проявляется в сокращении расходов на поиск нового варианта поведения. С другой стороны, человек подвержен колебаниям настроения, актуализации иных потребностей и т.п. Специалисты эволюционной психологии утверждают, что, "как это ни печально", любому человеку присуще "извращенное поведение", являющееся результатом не только алчности (стремления к доходности), но и страха, жажды признания и т.п.[\*(218)](#sub_99218) "Сделаю не как все". Причиной отклонения от рационального поведения может выступать и желание попробовать что-нибудь другое, поэкспериментировать с целью самореализации[\*(219)](#sub_99219). Ясно, что стремление к экспериментаторству вызывается не только социальными или индивидуальными психологическими потребностями самореализации, но и воздействием объективного экономического фактора - ограниченности ресурсов, желанием максимизировать удовлетворение своего имущественного интереса, конкуренцией за доступ к ресурсу.

Кроме того, в повторяющихся ситуациях взаимодействия с другими человек будет приспосабливаться к интересам своих контрагентов, вступать с ними в сотрудничество. Экономическая теория игр и теория взаимной помощи объясняют, что постоянное взаимодействие, несмотря на конкуренцию за доступ к ресурсу, эгоизм его участников, приводит к сотрудничеству, которое в условиях конфликта интересов позволяет выявлять формы взаимодействия, приемлемые в итоге для всех участников. Сотрудничество и объединение усилий могут стать выгоднее, чем конфронтация.

В то же время в условиях ограниченных ресурсов люди склонны в среднем жить за счет других, проявляя это в различных формах активного либо пассивного поведения. Такое поведение в рассматриваемой экономической теории называется "эгоистическим" или "оппортунистическим"[\*(220)](#sub_99220). Человеку свойственно нарушать свои обязательства перед контрагентом (например, не возвращать кредит, меньше трудиться при неизменном вознаграждении, завладевать имуществом других и т.п.), если в результате получение искомой ценности обойдется дешевле. Частным (и частым) примером проявления оппортунистического поведения является уклонение от приносящих пользу действий (пассивное поведение) в надежде, что такие действия будут совершены другими, а положительный эффект распространится и на оппортуниста, называемого для таких ситуаций безбилетником (зайцем, наездником). Подобное поведение "за счет других" проявляется, например, при уклонении от уплаты налогов, внесения обязательных платежей и т.п. Экономический оппортунизм имеет объяснение. Это все то же: "меньше издержек - больше дохода" (но за счет другого), это свойственные человеку эгоизм, лень. Очевидно, что издержки контрагента от такого поведения увеличиваются.

Еще одним феноменом, препятствующим выбору наиболее рационального решения и способствующим ошибкам, являются так называемые психологические ловушки (склонность отстаивать собственное мнение для "сохранения лица", приверженность поддерживать коллективные решения, предпочтение поведению, направленному скорее на снижение расходов, чем на повышение доходов, и др.).

# Экономическое воздействие на выбор модели поведения

Итак, экономическое поведение человека, направленное на получение наивысшей выгоды, зависит от множества приведенных выше и иных факторов, как объективных, так и субъективных. При этом, однако, чем более определенным (предсказуемым) будет выбор ожидаемой другими модели поведения, тем более эффективным (в большинстве случаев) будет взаимодействие, необходимое частным лицам и обществу.

Рассматриваемая теория уверяет, что разумное и добросовестное поведение (его определенность) можно стимулировать экономически, делая отклонение от него (в том числе в виде оппортунизма) невыгодным, излишне затратным, а следование "разумной" модели - экономически выгодным. Например, стороне в споре должно быть невыгодно инициировать и (или) затягивать судебную процедуру, если она очевидно не права, поскольку все возникающие у потерпевшего издержки будут возложены на проигравшего.

Кроме того, вариантность отклонения от рационального поведения может быть снижена посредством воздействия на объективные риски. Например, если в большинстве случаев использование какого-то доказательства в суде приводит к установлению того или иного факта, то заинтересованный индивид скорее прибегнет к использованию именно этого доказательства, даже если для получения последнего могут потребоваться дополнительные издержки. Определенность результата делает поведение более предсказуемым.

Что же касается реакции индивида на объективные риски (отклонений), то и на нее можно повлиять. Установлено, что, например, дополнительный контроль является тем изменяющим ситуацию условием, которое способствует снижению риска эксцесса (когда "никто не мог даже подумать", при значительной определенности и, казалось бы, предсказуемости).

Конечно же, имеются и иные способы повышения определенности экономического поведения. Другой вопрос - где их почерпнуть и как распространить среди членов сообщества? Экономический институт - это особый набор правил, позволяющий наиболее рациональным образом учитывать психологические особенности поведения индивида в условиях взаимодействия с другими лицами и способствующий приемлемому для всех или для большинства контрагентов перераспределению издержек и доходов, удовлетворению экономического интереса. Возможно определение экономического института и через категорию риска. Ведь риск тем выше, чем выше неопределенность. В период времени между поведением и ожидаемым результатом может проявиться обстоятельство, которое воспрепятствует наступлению последнего. В итоге у сторон взаимодействия обычно возникают незапланированные издержки и (или) доходы. Поэтому чем выше риск (неопределенность), тем выше вероятность возникновения дополнительных издержек и (или) доходов, и наоборот. Экономический институт перераспределяет риски между участниками взаимодействия.

Но то, что приемлемо для одних индивидов, не обязательно подходит другим. Каким образом "наилучший институт" будет отобран в таком качестве, а затем получит распространение? Экономическая теория говорит, что наиболее рациональные модели поведения должны быть избраны в результате действия "фильтра конкуренции", "логики естественного отбора", правила "адаптации экономической системы к окружающей среде"[\*(221)](#sub_99221) - наиболее рациональное поведение в условиях ограниченности ресурсов и неопределенности, а поэтому конкуренции и борьбы индивидов за доступ к ценности будет выверено практикой.

Однако фильтр конкуренции имеет и свои недостатки. Отбор и широкое распространение рациональных моделей поведения могут по разным причинам затянуться во времени, привести к доминированию, а следовательно, и злоупотреблениям более успешных. Поэтому для формирования системы рыночных институтов необходимо упорядочивающее начало, некая сила, которая способна установить и поддерживать применение и распространение институтов (правил игры) на рынке[\*(222)](#sub_99222).

# Экономическое значение регуляторов в управлении рисками

В качестве внешней по отношению к рынку силы, содействующей активному распространению рациональных моделей поведения, обеспечивающей действие фильтра конкуренции, может выступить организация, централизованно выполняющая общезначимые функции. Такая организация, называемая обычно регулятором, может быть создана сообществом лиц, занимающихся каким-то видом деятельности, например, это саморегулируемая организация профессиональной деятельности. Вместе с тем наиболее универсальным образованием по концентрации общезначимых функций - регулятором является государство. Регулятор в свете комментируемой теории должен, как представляется, способствовать выполнению трех основных задач.

Во-первых, регулятор для решения задачи удовлетворения публичного (общезначимого) интереса устанавливает рамки дозволенного поведения, например, запрещая недобросовестную конкуренцию, злоупотребление правом и т.п. Регулятор понуждает (стимулирует) участников экономических отношений к определенному типу поведения в очерченных им границах дозволенного. Он склоняет людей к той или иной совместной деятельности (взаимодействию), экономически ограничивая свободу их выбора определенными рамками. В результате устанавливается общедозволительный режим правового регулирования: "Разрешено все, что не запрещено"[\*(223)](#sub_99223).

При этом, закрепляя в качестве нормы права и применяя экономические санкции (в том числе согласованные между частными лицами), регулятор повышает издержки недозволенного поведения, выходящего в сферу запрещенного, делая таковое экономически невыгодным. Например, регулятор может ввести имущественные санкции для лиц, паразитирующих в любой форме на затратах других (безбилетников)[\*(224)](#sub_99224). Повышаются для частных лиц издержки и за счет применения различного рода мер государственного контроля, запретов, предписаний (лицензирование, регистрация, обязательная отчетность и т.п.).

Второй задачей регулятора является распространение среди заинтересованных лиц информации о передовых моделях поведения по перераспределению рисков. Регулятор в некотором роде обучает всех участников рынка и стимулирует таким образом наиболее творческих из них к поиску новых институтов.

В-третьих, регулятор экономически стимулирует активное применение какого-то института в сфере дозволенного (незапрещенного), убеждает участников рынка, склоняя их к определенной совместной деятельности (форме взаимодействия), расширяя при этом свободу выбора. В отличие от рекомендательного "мягкого" распространения передовых институтов регулятор не ограничивается распространением информации об институте, он в определенной степени подталкивает к его использованию. Так, регулятор может уменьшить издержки частных лиц по использованию ими благоприятного института, возложив на себя соответствующие расходы по его обслуживанию. Например, он может взять на себя расходы по обеспечению контрагентов информацией, по поддержанию системы определения полезных свойств экономических ценностей, по защите прав на эти ценности, а также по нейтрализации иных факторов, обусловливающих возникновение трансакционных издержек. Централизованное выполнение названных и иных функций в идеале должно снижать издержки индивидуального частного лица. Финансирование соответствующих служб регулятора складывается из отчислений, пусть и незначительных по сумме, но многочисленных и поэтому в конечном итоге достаточных для организации работы регулятора. Рынок в целом приобретает услуги регулятора, осуществляя, например, в отношении государства оплату в виде отчисления налогов и иных обязательных платежей. Понятно, конечно, что качество и доступность услуг регулятора должны соответствовать потребностям индивидуальных лиц и побуждать их производить соответствующие отчисления.

Как всякая медаль, это имеет оборотную сторону. Так, государство, а именно оно выступает в качестве наиболее активного регулятора, не только снижает издержки частных лиц за счет выполнения значимых для всех функций, но и повышает их, преследуя защиту публичного политического интереса (расходы на оборону, на обеспечение работы политической системы и т.п.). Кроме того, издержки участников рынка повышаются в результате ненадлежащего оказания регулятором услуг, при том что отчисления в пользу последнего являются обязательными. Выбор, платить или не платить за услугу, отсутствует. Более того, за нарушение обязанности уплатить (даже при ненадлежащей работе государства) последуют дополнительные экономические издержки.

Уже говорилось о том, что в деятельности (поведении) регулятора проявляется не только публичный (общезначимый) интерес (потребность), но и частный (личный) интерес конкретного работника регулятора, включая прежде всего его руководителя(ей). Это обстоятельство также повышает экономические издержки на содержание регулятора. Пагубно для общественного интереса сказывается и воздействие на регулятор разного рода групп влияния, лоббистов и т.п. Так что было бы неправильным идеализировать и значение регулятора для рынка[\*(225)](#sub_99225).

Извечный вопрос о золотой середине. Вопрос о том, в какой мере и с какой степенью детализации модели экономического поведения частных лиц (институты) должны диктоваться сверху, становиться общеобязательными? Ответ на вопрос о соразмерности вмешательства государства в частные отношения пока не получил однозначного ответа. Возможно, и для его нахождения человечеству придется продолжить путь проб и ошибок, выбирая наилучшую модель взаимодействия регулятора и частных лиц[\*(226)](#sub_99226).

# Значение категории риска в коммерческом праве

В силу прямого указания закона предпринимательская деятельность является рисковой (ст. 2 ГК РФ). Категория риска используется и для описания иных регулируемых гражданским правом ситуаций взаимодействия между людьми. Например, это риск убытков участников коммерческой организации (п. 1 ст. 82, п. 1 ст. 87, п. 1 ст. 96 ГК РФ), риск последствий непредъявления должником требования о предоставлении доказательств для исполнения управомоченному лицу (ст. 312 ГК РФ); риск возникновения неблагоприятных последствий у нового кредитора при отсутствии уведомления должника об уступке права требования (п. 3 ст. 382 ГК РФ) и др.

Категория риска анализировалась юристами применительно как к предпринимательской[\*(227)](#sub_99227), так и к иным видам частноправовой деятельности[\*(228)](#sub_99228). Обстоятельному исследованию подвергнуто соотношение риска и гражданско-правовой ответственности[\*(229)](#sub_99229). Большое внимание уделено и вопросу об ответственности как правовом институте, побуждающем к определенному поведению[\*(230)](#sub_99230), о компенсационной (экономической, затратной) функции ответственности[\*(231)](#sub_99231). Применительно к ответственности категория риска уточняется в некоторых законодательных актах ("нормальный хозяйственный риск" - ст. 239 Трудового кодекса РФ; "обоснованный риск" - ст. 41 Уголовного кодекса РФ)[\*(232)](#sub_99232). Риск в специальной юридической литературе, как и в экономической, раскрывается через неопределенность результата, случай.

Следует сказать о том, что рассматриваемая категория отражена в действующем праве не только непосредственно, но и косвенно, в результате проявления следующей особенности влияния друг на друга экономических и юридических институтов. В ходе предпринимательской деятельности экономические категории, закрепляемые, например, в частноправовых соглашениях, для их восприятия в суде были переложены еще в незапамятные времена на язык юридический в соответствии с характерным для него "официально-документальным стилем"[\*(233)](#sub_99233), принципом экономии юридического языка[\*(234)](#sub_99234). В свою очередь точные лаконичные правовые формулы способствовали развитию экономической науки и практики[\*(235)](#sub_99235). Схожие правовые и экономические институты поочередно и (или) одновременно выступают по отношению друг к другу как причина и следствие. Допустимо рассматривать эти отношения и через философские категории формы (право) и содержания (экономика)[\*(236)](#sub_99236).

Как бы там ни было, в обеих группах философских категорий - "причина и следствие", "форма и содержание" - право привносило в экономическую науку такое свойство, как формализованность. Учитывая данное обстоятельство, возможно, существующие правовые институты уже впитали в себя соответствующие им риски и, очистившись от сопутствующего рискам экономического и управленческого анализа, предстали в праве в ясном и лаконичном виде в разнообразных институтах без упоминания категории риска? Отечественной наукой достаточно активно исследовался вопрос о влиянии права на выбор человеком той или иной модели поведения, т.е. о соотношении права и психологии[\*(237)](#sub_99237). Не остался без внимания и вопрос о направленности и способах воздействия на человека с целью стимуляции его к выбору определенной модели поведения. Так, Г.Ф. Шершеневич отмечал: "Юридические средства обеспечения интересов предполагают именно наличность воли, способность усвоить угрозу и воздержаться от нарушения"[\*(238)](#sub_99238). При этом "действием угроз достигается преимущественно воздержание от совершения действий, правом запрещенных, а системою наград достигается преимущественно совершение гражданами действий, желанных правом"[\*(239)](#sub_99239).

Использование для гражданско-правовой кодификации в качестве системообразующего признака взаимной оценки участниками гражданских правоотношений отражает многие вышеприведенные положения экономической теории. Общее свойство гражданских правоотношений, имеющих взаимооценочный характер, проявляется при оценке либо количества и качества затраченного на получение какого-либо результата труда (имущественные стоимостные отношения), либо индивидуальных качеств личности или коллектива (для личных неимущественных отношений)[\*(240)](#sub_99240). В специальной литературе о праве содержится и множество иных примеров. Оправданно ли отягощение применения действующих правовых формул рассуждениями о сопутствующих им рисках, возвращение к работе, проделанной предшествующими поколениями юристов? На этот вопрос должен последовать положительный ответ.

И юридической теории, и практике необходим алгоритм оценки эффективности применения тех или иных институтов (моделей поведения) в условиях изменяющихся экономических условий.

Избранная российским законодателем пандектная система, объединяющая множество различных "рисковых" институтов, при всех ее рациональных достоинствах обладает и недостатками. Если вернуться к упоминавшимся выше философским категориям, в которых воздействующая сила права на экономику проявляется в его формализованности, то нужно сказать и об обратной стороне этого полезного качества права. Дело в том, что "любая формализация характеризуется внутренней ограниченностью... Формализация... "лишь приближенно отображает внеформальное содержание"[\*(241)](#sub_99241). Следовательно, учитывая наполнение законодательных норм известным субъективизмом, законодательный акт, преобладающий как источник права в странах с пандектной системой, может и не способствовать в достаточной мере защите наивысшей ценности - удовлетворению частного интереса. Объективные условия деятельности человека, а следовательно, и сопутствующие ей риски претерпели значительные изменения, возникли такие виды предпринимательской деятельности, которые ранее правом не охватывались. Новые модели поведения необходимо "вписать" в юридические конструкции, которые создавались в иных экономических условиях[\*(242)](#sub_99242).

В методе экономического анализа коммерческого права имеется один серьезный недостаток. Дело в том, что, как уже отмечалось, максимизация прибыли через использование наиболее рациональных моделей может быть не единственным мотивом экономического поведения человека. Его интерес может быть удовлетворен, например, самим процессом. Так, некоторые акционеры - пенсионеры, бывшие работники приватизированного предприятия - посещают общие собрания акционеров далеко не ради участия в рациональном управлении имуществом организации: важна возможность пообщаться, привлечь к себе внимание и т.п. Едва ли такой индивид позитивно воспримет правовой институт, в соответствии с которым он будет участвовать только, например, в менее затратном для крупных открытых акционерных обществ (более рациональном) электронном заочном голосовании. Между тем согласно ст. 2 и 18 Конституции РФ и такой интерес индивидуального акционера должен учитываться в процессе правового регулирования. Другим примером является ситуация предоставления законодателем преимуществ одной из сторон экономического взаимодействия[\*(243)](#sub_99243). По сути, законодатель, вводя правовую норму, перераспределяет риски, т.е. доходы и расходы, которые в последующем могут возникнуть у участников взаимодействия.

# Условия справедливого распределения рисков

Представляется, что задача учета законодателем любых законных интересов всех участников экономического взаимодействия будет решена при обращении к категории справедливости, исторически развивавшейся судами. Известно, что критерии справедливости являются субъективными. Однако анализ многочисленных правовых конструкций, который здесь не приводится, а также постановлений Европейского суда по правам человека и Конституционного Суда РФ позволяет выделить следующие критерии справедливости, используемые в юридической практике.

Распределение рисков необходимо осуществлять с учетом следующих условий:

1) предварительное согласие на риск;

2) информированность о последствиях поведения и возможном проявлении риска;

3) соразмерная компенсация в случае отсутствия согласия;

4) соотношение объективного и субъективного рисков;

5) степень востребованности у одного лица (его заинтересованности) поведения другого участника взаимодействия;

6) степень контроля над рисковыми обстоятельствами, иная возможность влиять на проявление риска;

7) положение сторон в переговорах, их зависимость друг от друга;

8) степень взаимного влияния на принятие решения и др.

# Основные положения бизнес-теории управления рисками

Как видно из приведенных выше рассуждений, экономика и право связаны друг с другом через институты. Модели поведения, способствующие наилучшему удовлетворению различных экономических и иных интересов, вырабатываются как частными лицами, так и централизованно - регуляторами. Основным элементом экономического института является риск, а точнее, отношение к нему, к перераспределению издержек и доходов между взаимодействующими лицами в условиях неопределенности (вероятности) наступления искомого результата. Поэтому можно сказать, что связь между экономикой и правом устанавливается через отношение частных лиц и публичной власти к риску. При совпадении "рациональных" и справедливых способов минимизации рисков, предпочитаемых частными лицами и регуляторами, соответствующий правовой институт скорее всего будет применяться. Поэтому риск, как правильно отмечается и в зарубежной, и в отечественной юридической литературе, является в определенном смысле системообразующим фактором юридического процесса[\*(244)](#sub_99244).

Как найти точки соприкосновения? Имеется ли алгоритм работы с рисками, который могли бы применить различные создатели институтов? Думаю, что соответствующее решение предлагается одним из направлений бизнес-теории, называемым "управление рисками"[\*(245)](#sub_99245). Управление рисками, т.е. целенаправленное волевое воздействие на них, может сыграть роль своего рода мостика между институтами экономики и права для их взаимной координации.

Итогом обобщения предпринимательской практики управления рисками является выработка соответствующих рекомендаций разного рода профессиональными и иными организациями, включая международные[\*(246)](#sub_99246).

Названные, а также многие иные документы, касающиеся системы и методов управления рисками, носят общий характер, соответствующие рекомендации применимы в той или иной степени для любого вида предпринимательства. В то же время имеются и специальные исследования, учитывающие специфику возникновения и проявления рисков в отдельных видах предпринимательской деятельности. Наиболее активно работы проводились за рубежом для банковского сектора[\*(247)](#sub_99247). Наблюдается и тенденция по установлению требований об обязательном введении системы управления рисками в деятельность не только финансовых учреждений, но и других предпринимателей. Например, в законодательстве США такая обязанность вводится для публичных корпораций федеральным законом 2002 г., известным как Закон Сарбейнса - Оксли. Соответствующие требования содержатся и в правилах листинга фондовых бирж[\*(248)](#sub_99248).

Отрадно между тем, что требования о введении системы управления рисками уже просочились в российское законодательство. Так, в соответствии c пп. 2 п. 2 ст. 87, п. 2 ст. 358 Таможенного кодекса РФ при выборе установленных в нем форм таможенного контроля должна использоваться система анализа и управления рисками. Под риском при этом понимается "вероятность несоблюдения таможенного законодательства Российской Федерации". Далее в кодексе уточняется, что "система управления рисками основывается на эффективном использовании ресурсов таможенных органов". Таким образом, в публично-правовом акте уже находят отражение некоторые из основных принципов бизнес-системы управления рисками. Выбор одних правовых институтов предопределяется риском (вероятностью) применения других; неблагоприятные имущественные последствия (возникающие в результате нарушения одних законодательных установлений) предотвращаются (минимизируются) применением других закрепленных в законе правил поведения; выбор и применение избранных правил поведения должно быть эффективным, т.е. экономически обоснованным. Можно было бы привести множество иных примеров правовых норм, в которых законодатель нацеливает частных лиц на управление рисками, т.е. на волевое использование определенных моделей поведения в условиях неопределенности.

Обычно рекомендуется следующий алгоритм (принципы) управления риском(ами) для получения рационального соотношения издержек и доходов.

Во-первых, следует выявить значимые ценности (интересы, потребности и т.д.), подлежащие удовлетворению и охране, а также те неблагоприятные обстоятельства (поступки, события и т.п.), которые потенциально представляют угрозу для этих ценностей.

Во-вторых, необходимо оценить вероятность (риск) наступления неблагоприятных обстоятельств (угрозы), а также степень их негативного воздействия на охраняемую ценность (последствия воздействия на ценность). Соотношение вероятности и негативности влияния на ценность (вредоносности) определяет различную интенсивность применения мер по минимизации риска. Чем выше вероятность и негативное влияние, тем активнее (быстрее, интенсивнее) должны применяться меры противодействия (минимизации риска). В одном из немногочисленных нормативных документов России, посвященных элементам системы управления рисками, - распоряжении Правительства РФ от 17 июля 2002 г. N 983-р говорится следующее: "Если организация оценивает риск совершения клиентом операций, связанных с легализацией (отмыванием) доходов, полученных преступным путем, как высокий, операциям этого клиента уделяется повышенное внимание" (п. 14)[\*(249)](#sub_99249).

В учении об управлении рисками рекомендуется устанавливать количественные (измеримые) показатели проявления рискового обстоятельства, при достижении которых должны наступать определенные последствия (например, при просрочке уплаты должника в столько-то дней - дополнительное письменное уведомление о нарушении обязательства, проведении переговоров, об обращении в суд и т.п.). В правовых моделях поведения (институтах) количественные экономические показатели находят отражение в виде, например, сроков совершения каких-либо действий, нормативов формирования фондов и др.

В-третьих, следует определить круг мер, обычно успешно применяемых в подобных ситуациях (например, прекращение рисковой деятельности, принятие риска и т.п.). При отсутствии методов, являющихся специальными для конкретной ситуации, и до их выявления аналитическим путем использовать общие меры минимизации рисков: установление контроля над развитием ситуации, сбор дополнительной информации, перераспределение риска между заинтересованными лицами, создание резервного (компенсационного) фонда, диверсификации функций по принятию решений, укрепление "слабого звена", введение процедур по согласованию взаимонаправленных интересов и др.

В-четвертых, выбор конкретных мер должен учитывать их исполнимость и затратность; в частности, следует иметь в виду, что величина всех затрат заинтересованного лица на противодействие (на соблюдение моделей поведения) должна быть ниже стоимости охраняемой ценности или затрат на ее восстановление.

# Основные способы минимизации рисков

Во все времена независимо от вида экономического строя существовали в среднем одни и те же факторы, влияющие на возникновение издержек и виды этих издержек. Размер этих издержек в общей структуре расходов человека и конкретные способы их минимизации изменялись в зависимости от технического развития общества, политической ситуации и т.п. Перераспределение рисков, управление ими изменяет структуру расходов. Или, если взглянуть на это с другой стороны, для уменьшения издержек человек будет искать наиболее рациональное перераспределение рисков. Поэтому все видовые способы перераспределения рисков при любом экономическом строе будут направлены преимущественно на снижение действия факторов, обусловливающих наличие трансакционных издержек.

Так, фактор отсутствия информации должен быть нейтрализован получением достоверной информации. Способы обмена информацией, определения ее полноты и проверки качества (достоверности) могут быть различны, но от этого не изменится сам механизм воздействия на рассматриваемый фактор - информация должна быть предоставлена. И чем полнее и достовернее эта информация, тем в среднем ниже соответствующие риски. Нельзя при этом забывать, что издержки на получение и оценку информации должны быть экономически оправданны, соотнесены со стоимостью соответствующей ценности.

Фактор, связанный с необходимостью подтверждения принадлежности (присвоения) ценности, должен быть нейтрализован получением признаваемого общественным порядком доказательства. В связи с этим универсальным юридическим способом минимизации рисков и соответствующих им издержек во все времена является фиксация в документах значимой для взаимодействующих лиц информации (об условиях взаимодействия, о выполнении договоренностей и т.п.). Фиксация в документе необходима на случай спора (для его предотвращения или разрешения) и используется в качестве соответствующего доказательства. Чем точнее изложена значимая информация, тем меньше потребуется дополнительных расходов для ее подтверждения. По той же причине на величину издержек влияет и степень достоверности информации, ее опровержимость другими средствами доказывания.

Кроме того, к общим способам снижения рисков относится установление контроля над поведением контрагента или над развитием ситуации. Например, проверка количества и качества отгруженного покупателю товара перед признанием продавца исполнившим свою обязанность, контроль над ходом выполнения работ подрядчиком, контроль экспедитора или иного лица в интересах грузоотправителя за условиями доставки груза перевозчиком и т.д.

Еще одной из часто применяемых мер по управлению рисками, о которой уже вскользь упоминалось, является их диверсификация, переложение части издержек на контрагентов или третьих лиц (включая регуляторов). Диверсификация риска достигается, в частности, при страховании, перестраховании[\*(250)](#sub_99250), возложении субсидиарной или солидарной ответственности, при объединении ресурсов нескольких заинтересованных лиц, при осуществлении выплат из разного рода компенсационных фондов, формируемых регуляторами, и т.д. Способом диверсификации рисков, получившим широкое распространение, стало создание коммерческих организаций с ограниченной ответственностью их участников.

К общим мерам следует причислить создание резервного (компенсационного) фонда индивидуальным лицом - на непредвиденные расходы, на случай или на черный день. Формирование такого фонда осуществляется обычно посредством поэтапных отчислений.

Широкое распространение получила и мера, связанная с координацией интересов на различных этапах взаимодействия заинтересованных лиц. Одной из форм координации является создание комиссий, советов, комитетов, рабочих групп и т.п. Эта мера применяется обычно в ситуации потенциального или возникшего длящегося конфликта интересов, особенно в отношениях с множеством лиц.

Исключительным способом управления риском является замена защищаемой ценности на другую. Риск может быть принят и в случае, если расходы на противодействие ему превысят стоимость устранения последствий негативного воздействия на ценность.

Еще один способ. Снижение субъективного риска осуществляется через повышение обещаемого дохода, который, возможно, получит лицо, приглашаемое к взаимодействию, сопряженному с риском. Если объективные риски относительно высоки, то привлечение необходимых для взаимодействия лиц осуществляется за счет предложения (обещания) последним более высокого уровня доходности[\*(251)](#sub_99251). В то же время предоставление заинтересованному лицу возможности контролировать поведение контрагента, выплачивающего доход (способ снижения объективных рисков), позволяет в определенной мере переложить на первого риск неполучения обещанного дохода. Изучение наиболее рационального соотношения между категориями риска, дохода и контроля и перераспределение в связи с этим издержек между заинтересованными лицами осуществляется в основном в рамках экономического и управленческого учения, известного как управление корпоративными финансами[\*(252)](#sub_99252).

В зависимости от видов деятельности указанные способы могут конкретизироваться или использоваться иные. Так, на финансовых рынках все большее распространение приобретают различного рода рейтинги, оценки кредитных рисков (кредитные, суверенные, т.е. публичных образований, корпоративного управления и др.). По сути, рейтинги консолидируют информацию о различных аспектах деятельности заемщика и представляют собой мнение экспертов, выраженное количественно (например, в виде баллов, коэффициентов и т.п., располагаемых в шкале "наихудшие - наилучшие").

Приведенный перечень общих и специальных способов управления рисками (моделей поведения), используемых для наиболее рационального удовлетворения имущественного интереса, не является исчерпывающим[\*(253)](#sub_99253).

# Заключение

Риск и способы его минимизации являются ключевыми факторами, влияющими на выбор модели поведения (в том числе закрепленной правом), необходимой для удовлетворения имущественного интереса. В чем же практическое значение этого положения для коммерческого права?

Во-первых, правовое управление рисками необходимо при аналитическом конструировании новых правовых институтов либо при оценке заимствуемых. В результате специального исследования соответствующих экономических отношений могут быть, в частности, выявлены риски, влекущие для заинтересованных лиц дополнительные трансакционные издержки. Для побуждения частных лиц к определенному поведению необходимо выявлять и закреплять в правовых нормах такие общие и специальные способы минимизации рисков (предоставление информации, установление контроля, фиксации фактов и т.п.), которые будут экономически оправданны для всех участников взаимодействия. При перераспределении рисков в нормах права необходимо учитывать критерии справедливости.

Во-вторых, правовое управление рисками должно применяться для оценки отношений, не урегулированных правом в силу его пробельности либо нечеткости. В таком случае аналогия права или закона должна строиться на основе наивысшей экономической эффективности. Брешь в законе следует заполнить той нормой, которая наиболее рациональна - максимально экономически выгодна для всех заинтересованных лиц взаимодействия.

В-третьих, категория риска может использоваться в качестве юридическо-технического средства, в частности для обозначения неопределенности результата в той или иной деятельности, самостоятельности субъекта, на которого риск возлагается, в выборе средств для его минимизации (если иное прямо не предусмотрено в законе), а также для установления лица, на которое возлагаются дополнительные расходы в случае воздействия негативного обстоятельства.

Надеюсь, что изложенное будет способствовать обновлению методологии науки и практики коммерческого права.

# Правовое значение экономических рисков и их связь с имуществом (Ковалевский М.А.)

# Природа рисков, их характер и правовое значение

Риск представляет собой достаточно сложное и многогранное явление. Его различные аспекты изучаются многими науками: экономикой, социологией, правом, математикой и пр.[\*(254)](#sub_99254)

Наличие у риска многих аспектов, а также важность его изучения как явления целостного потребовали появления специальной комплексной науки - науки об управлении риском (риск-менеджмент), исследования в рамках которой уже получили широкое применение на практике (например, в финансовой и технической сферах)[\*(255)](#sub_99255).

Ввиду сложности и многогранности понятия "риск" трудно дать такое его определение, которое имело бы приемлемый объем и одновременно содержало все существенные черты риска. Подобные сложности - основная причина того, что в настоящее время существует достаточно много определений данного понятия, каждое из которых характеризует только некоторые черты риска[\*(256)](#sub_99256).

Наиболее общим из этих определений можно, по-видимому, считать следующее[\*(257)](#sub_99257).

Риск - это случайность (неопределенность), которая может иметь самый различный характер, принося как блага, так и несчастья.

Риск обычно служит характеристикой не только какого-то определенного единичного события, но и некоторого процесса - развивающейся во времени конкретной ситуации, результат которой неопределен[\*(258)](#sub_99258). Таким образом, риск можно рассматривать как характеристику связи предшествующего события (рисковой ситуации) с неопределенным итогом его развития (рискованным результатом). Следует отметить, что рискованный результат зачастую именуется случайным событием (случайностью) или случаем[\*(259)](#sub_99259).

Институт "случая" в значении "случайности", т.е. в том значении, которое является основой содержания понятия "риск", закреплен в норме п. 1 ст. 39 Конституции РФ. В данной норме установлена гарантированность каждому социального обеспечения по возрасту, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца, для воспитания детей и в иных случаях, установленных законом (то есть социальное обеспечение гарантируется при реализации так называемых социальных рисков)[\*(260)](#sub_99260). Наличие этой конституционной нормы позволяет утверждать, что институт риска является конституционно-значимым.

В гражданском праве понятие случая используется в более узком смысле. Случай (casus) рассматривается в качестве события, которое:

- наступает не в силу направленной на него воли лица,

- не может быть предусмотрено при данных условиях и требуемой правом заботливости относительно чужих вещей и исполнения своих обязанностей.

Случаю противопоставляется вина лица (culpa) и от него отличают также понятие непреодолимой силы[\*(261)](#sub_99261).

Рассмотрим вопрос о соотношении риска с понятиями причинной связи и вины.

Риск как характеристика связи разделенных во времени событий отличается от иных характеристик связи таких событий, в том числе и от широко используемой в праве причинной связи. Действительно, в отличие от риска юридически значимой причинной связью: 1) соединяются не настоящее с будущим, а прошлое с настоящим; 2) связываются только те события, которые четко определены, о не некоторое событие с его неопределенным результатом. Вместе с тем причинная связь и риск имеют и некоторые общие черты. Например, причинная связь, так же как и риск, это не одномоментное явление, а процесс, развивающийся во времени[\*(262)](#sub_99262).

Что же касается соотношения риска и вины (данный вопрос достаточно важен, так как существует ответственность не на началах вины, а на началах риска), то по этому поводу можно сказать следующее.

Действительно, вина как составная часть правонарушения представляет собой специфическую особенность поведения правонарушителя, сформировавшую и укрепившую связь между этим поведением и противоправным результатом[\*(263)](#sub_99263). То есть вина характеризует получившую внешнее отражение связь между определенным прошлым и определенным настоящим, и, таким образом, вину можно рассматривать как некоторый элемент связи между событиями, носящий субъективный характер[\*(264)](#sub_99264). Вина обладает теми же отличиями от риска, что и причинная связь.

В то же время у всех этих институтов - риска, причинной связи, а также вины существуют общие черты. Основная из них - это то, что все указанные институты характеризуют связь событий, разделенных во времени.

Подобное обстоятельство позволяет заменять в составе правонарушения одни из этих институтов на другие без внесения значительных формальных изменений в соответствующие юридические конструкции. Например, в качестве одного из условий ответственности избрать не вину, а риск, не отказываясь от понятия "состав правонарушения". Точно таким же образом и категория "причинная связь" при определенных условиях может быть заменена на категорию "риск"[\*(265)](#sub_99265).

Как было указано выше, рисковая ситуация (риск) может иметь различные аспекты (результаты развития) - положительный и отрицательный.

Примером положительной стороны риска может служить дополнительный доход при осуществлении рисковой деятельности.

Действительно, рисковой является предпринимательская деятельность, направленная на получение прибыли (дохода).

На связь риска и прибыли было указано еще Аристотелем[\*(266)](#sub_99266), а со времен Адама Смита[\*(267)](#sub_99267) уже широко известно, что источником прибыли является риск, увеличение которого по общему правилу позволяет увеличить и размер прибыли. Стремление максимизировать прибыль приводит к тому, что риск становится существенным, необходимым условием осуществления предпринимательской деятельности[\*(268)](#sub_99268). То есть такой признак предпринимательской деятельности, как ее рисковость, является не первоначальным (независимым) признаком, а производным от цели данной деятельности - систематического получения прибыли[\*(269)](#sub_99269).

Проблема выявления особенностей связи между риском и прибылью потребовала деления рисков по критерию предсказуемости их последствий на две группы:

1) риски, последствия которые могут быть каким-либо образом (например, на основе статистических расчетов) заранее измерены и устранены,

2) риски, последствия которых заранее измерить и устранить не удается (ввиду действия общего принципа невозможности полного предвидения будущего).

Первые риски в соответствующих экономических исследованиях получили наименование "риск" (в узком смысле), а вторые - наименование "неопределенность"[\*(270)](#sub_99270).

Вместе с тем действующий в природе общий принцип баланса (равновесия) не позволяет существовать тем рискам (случайностям, неопределенностям), которые могут иметь только положительные последствия при своей реализации.

Наличие у риска (случайности, неопределенности) отрицательного аспекта - возможности приносить несчастья - требует наличия предусмотрительности, состоящей зачастую в создании целого комплекса мер, позволяющих исключить риск либо уменьшить его отрицательные последствия.

Необходимость изучения подобных аспектов риска и принятия мер по защите от них (страхование, техническая защита от отрицательных последствий экологических рисков и пр.) - причина появления таких определений понятия "риск", которые рассматривают риск как случайное событие, связанное с появлением несчастья (отрицательных последствий).

Например:

1) риск - это возможная опасность;

2) риск представляет собой ситуационную характеристику деятельности, состоящую в неопределенности ее исхода и возможных неблагоприятных последствиях в случае неуспеха;

3) риск - это возможность или вероятность возникновения ущерба или вреда;

4) риск представляет собой ущерб или вред[\*(271)](#sub_99271).

В страховании риском может именоваться и некоторый объект (или совокупность объектов), которым угрожает единая опасность. Например, по данному поводу в энциклопедическом словаре Брокгауза и Эфрона говорится следующее: "Особое значение понятие о риске приобретает в пожарно-страховом деле, где Р. представляет собой сумму объектов, которая может быть уничтожена одним пожаром при неблагоприятных условиях (особые катастрофы при этом в расчет не принимаются).... Для фабричных страхований принято считать отдельным Р. имущество, отделяемое от соседнего имущества свободным пространством не менее 20 м, незастроенным и ничем не занятым. В городах, где имеются лишь каменные постройки, крытые огнеупорным материалом, улица шириной в 10 м считается уже достаточной для разделения Р..."[\*(272)](#sub_99272)

Право не может игнорировать наличие риска и в силу своей природы, имеющей целью стабилизацию общественных отношений, создает институты, позволяющие сделать устойчивыми отношения, на которые воздействуют положительные и отрицательные аспекты риска.

Я.М. Магазинер, например, вообще считал риск настолько важным для права, что определял само право через понятие риска: "....все ....право есть не что иное, как система распределения рисков, которая изменяет и направляет стихийно складывающееся их распределение на основе естественных законов экономики...."[\*(273)](#sub_99273)

К правовым средствам, стабилизирующим отношения, непосредственно связанные с положительными аспектами риска, можно отнести, в частности:

1) гражданско-правовые нормы:

- о распределении доходов (прибыли) от использования имущества,

- о распределении доходов по договору простого товарищества,

- о распределении прибыли в коммерческих организациях,

- о судьбе экономии подрядчика,

2) налоговые нормы о налогообложении дохода (прибыли).

К правовым средствам, стабилизирующим отношения, непосредственно связанные с отрицательными аспектами риска, можно отнести, в частности:

1) конституционные нормы:

- о гарантированности социального обеспечения при реализации социальных рисков (случаев),

- о поощрении добровольного социального страхования,

2) гражданско-правовые нормы:

- о страховании,

- о классических способах обеспечения исполнения обязательств (неустойка, залог, поручительство и пр.),

- о несостоятельности (банкротстве),

3) административно-правовые нормы законодательства о техническом регулировании и стандартизации.

Следует отметить, что в современных условиях значение правового регулирования отношений, связанных именно с отрицательными аспектами риска, все время возрастает.

В настоящее время, как указывает один из ведущих германских социологов Ульрих Бек, в связи с модернизацией индустриального общества существенно увеличивается катастрофичность (размер и сфера воздействия) возможных неблагоприятных последствий различных рисков, а также число таких рисков, в результате чего риск может считаться едва ли не основной проблемой современности[\*(274)](#sub_99274).

"....В развитых странах современного мира общественное производство богатств постоянно сопровождается общественным производством рисков. Соответственно проблемы и конфликты распределения в отсталых странах усугубляются проблемами и конфликтами, которые вытекают из производства, определения и распределения рисков, возникающих в процессе научно-технической деятельности.

Эта смена логики распределения богатства в обществе, основанном на недостатке благ, логикой распределения риска в развитых странах модерна исторически связана с двумя обстоятельствами. Она, во-первых, наблюдается - сегодня это совершенно очевидно - там и в той мере, в какой благодаря достигнутому уровню человеческих и технолого-производительных сил, а также правовых и социально-государственных гарантий и регламентаций становится возможным объективно уменьшить и социально ограничить подлинную материальную нужду. Во-вторых, эта категориальная смена объясняется еще и тем, что вследствие стремительно растущих в процессе модернизации производительных сил риски и связанные с ними потенциалы самоуничтожения приобретают невиданный доныне размах.

По мере появления этих обстоятельств один исторический тип мышления и действия попадает в зависимость от другого или накладывается на него. Понятие "индустриального или классового общества" (как его в широком смысле толковали Маркс и Вебер) вращалось вокруг вопроса о том, как в социальном отношении неравномерно и в то же время на законных основаниях распределяется произведенное обществом богатство. Это пересекается с новой парадигмой общества риска, которое в своей основе базируется на решении сходной и все же совершенно иной проблемы. Каким образом предотвратить систематически возникающие в процессе прогрессивной модернизации риски и опасности, сделать их безопасными, канализировать, а там, где они уже появились на свет в виде скрытых побочных воздействий, так отграничить и отвести в сторону, чтобы они не вставали на пути процесса модернизации и в то же время не выходили за пределы (экологические, медицинские, психологические, социальные) допустимого?....

....Несет ли в себе понятие риска то общественно-историческое значение, которое здесь ему придается? Не идет ли тут речь об изначальном феномене человеческой деятельности? Разве риски, которые здесь отделяются от индустриальной эпохи, не являются ее собственным признаком? Разумеется, риски не изобретение нового времени. Кто, как Колумб, пускался в путь, чтобы открывать новые страны и части света, тот мирился с неизбежностью риска. Но это был личный риск, а не глобальная угроза для всего человечества, которая возникает при расщеплении атомного ядра или складировании ядерных отходов. Слово "риск" в те времена имело оттенок мужества, приключения, а не возможного самоуничтожения жизни на Земле..."

Всеми этими обстоятельствами, как представляется, можно объяснить доминирование в доктрине и законодательстве определений, которые подчеркивают не положительные, а отрицательные аспекты риска.

Действительно, в основу легального определения риска, существующего в российском законодательстве, положены именно такие аспекты: "Риск - вероятность причинения вреда жизни или здоровью граждан, имуществу физических или юридических лиц, государственному или муниципальному имуществу, окружающей среде, жизни или здоровью животных и растений с учетом тяжести этого вреда", а безопасность определяется законодателем как "....состояние, при котором отсутствует недопустимый риск..."[\*(275)](#sub_99275).

Отметим, что в данном выше легальном определении основной признак риска - признак случайности наступления события, характеризующего риск (наступления вреда), присутствует лишь косвенно - в понятии "вероятность".

В отличие от этого в легальном определении страхового (страхуемого) риска законодатель прямо указывает на случайность наступления соответствующего риску события[\*(276)](#sub_99276).

"...Страховым риском является предполагаемое событие, на случай наступления которого проводится страхование.

Событие, рассматриваемое в качестве страхового риска, должно обладать признаками вероятности и случайности его наступления...."

Риски могут характеризоваться рядом факторов, которые можно разделить на:

- количественные характеристики рисков,

- качественные характеристики рисков.

Среди количественных характеристик наиболее значимыми обычно являются две следующие: вероятность реализации риска и величина последствий (положительных или отрицательных) такой реализации. Из приведенных выше норм действующего законодательства следует, что именно эти характеристики (одновременно обе либо одна из них) свойственны рискам, связанным с получением прибыли, и рискам, связанным с причинением вреда.

К качественным характеристикам рисков относятся те, что не могут быть измерены численно. Это, например, такие как:

1) социальная роль и квалификация лица, осуществляющего рисковую деятельность;

2) его моральные качества, не позволяющие чрезмерно увеличивать риски других лиц, затрагиваемых данной деятельностью;

3) восприимчивость к риску социальной группы, подвергающейся воздействию риска, и иные социальные факторы.

Существует ряд классификаций рисков. Некоторые из них в настоящее время получили законодательное закрепление. Так, например, к объектам, на которые риски могут осуществлять воздействие при своей реализации (фактически по объектам правовой охраны), они делятся законодателем на:

1) риски, воздействующие на жизнь или здоровье граждан;

2) риски, воздействующие на имущество физических лиц, юридических лиц, или публичных образований (государства и муниципальных образований);

3) риски, воздействующие на окружающую среду в целом;

4) риски, воздействующие на жизнь или здоровье животных и растений[\*(277)](#sub_99277).

Отметим, что данная классификация с доктринальной точки зрения не является бесспорной (например, в отношении разграничения рисков, особенно их третьего и четвертого видов). В доктрине существуют и иные, как представляется, более последовательные классификации рисков, которые учитывают не только объекты их воздействия, но и степень этого воздействия[\*(278)](#sub_99278).

# Связь рисков с экономикой и роль имущества как средства, обеспечивающего стабильность рыночных отношений

Фактор риска присутствует в любой экономике в виде внешнего по отношению к ней риска (природного или иного характера), значение данного фактора для экономики всегда велико. Кроме внешних рисков существуют и риски внутренние относительно экономики. В современных условиях это, например, финансовые или иные риски на внутренних рынках товаров, работ, услуг и пр. Существование внешних и внутренних рисков является одной из основных причин несовершенства наших знаний о будущем, оказывающего значительное влияние на экономическое развитие общества[\*(279)](#sub_99279).

Однако виды рисков, а также соотношение между их уровнями для различной экономической организации общества не одинаковы.

Так, например, характерные для рыночной экономики как внутренне присущей гражданскому обществу[\*(280)](#sub_99280) риски межличностного самоопределения (они являются следствием фундаментальной для рыночных отношений свободы индивидуума и носят внутренний по отношению к обществу характер) практически отсутствуют в натуральном хозяйстве, свойственном архаическим (традиционным) обществам, а также в обществах, основанных на социалистических моделях хозяйствования.

Последние два вида обществ построены на подчинении нижестоящего индивидуума вышестоящему, и именно иерархическое устройство, пронизывающее все их институты, служит для данных обществ основой стабильности.

Свобода, лежащая в основе гражданского общества и соответственно рынка, не позволяет широко применять модель подчинения, что порождает необходимость в иных способах обеспечения стабильности данного общества и его институтов в условиях риска.

Собственность, свобода и риск являются взаимосвязанными и взаимообусловленными факторами гражданского общества как общества, являющегося основой рыночной экономики. В этом обществе данные факторы выступают в системном единстве.

Так, например, не только присущая данному обществу свобода владения, пользования и распоряжения имуществом ведет к возникновению риска, но и существенная неопределенность условий экономической деятельности требует наличия свободы как основы правового режима такой деятельности.

Связь между свободой, имуществом и экономической деятельностью прямо установлена конституционной нормой[\*(281)](#sub_99281). Таким образом, Конституция РФ понимает свободу как в определенной степени экономический (имущественный) институт. Подобный экономический подход к свободе и соответственно к риску характерен для обществ, основанных на рыночной экономике[\*(282)](#sub_99282).

Отметим, что в гражданском обществе в отличие от обществ архаических (традиционных) и социалистических к внешним (природным) рискам добавляется ряд внутренних рисков:

1) уже отмеченные выше риски, связанные с постоянным самоопределением членов общества;

2) риски, которые специально культивируются определенными социальными группами, зачастую злоупотребляющими свободой, присущей гражданскому обществу.

К последним, например, относится ряд возникающих на финансовых рынках рисков, причиной которых является целенаправленное формирование на этих рынках отношений, близких к игровым, посредством совершения определенных видов рисковых сделок.

"Мотивом в рисковых сделках бывает или страх действительной опасности, или надежда на действие случая. Первого рода расчет имеет место во всякого рода страховых договорах... Во втором случае стороны создают для себя в деле искусственный интерес, придавая случайным, иногда совсем незначительным или ничтожным событиям особливое по условию значение; таковы договоры об игре, пари... и лотерее"[\*(283)](#sub_99283).

В правовой позиции по данному поводу Конституционный Суд РФ напрямую связал наличие значительных рисков на рынке и существование правовых способов защиты от них со свободой экономической деятельности[\*(284)](#sub_99284).

В определении суда, в частности, говорилось:

"3. Расчетный форвардный контракт - одна из разновидностей сделок с отложенным исполнением (срочные сделки), расчеты по которым осуществляются по истечении определенного срока. Поскольку размер денежных обязательств при этом зависит от изменения цен на иностранную валюту, ценные бумаги, иное имущество и иные виды базисного актива, риски по таким сделкам не могут рассматриваться как обычные предпринимательские риски.

Гражданское законодательство Российской Федерации не содержит критериев, позволяющих однозначно квалифицировать рисковую сделку, заключенную на условиях расчетного форварда. Принимая к производству споры о понуждении сторон исполнить обязательства, вытекающие из расчетных форвардных контрактов, арбитражные суды тем самым относят их к экономическим спорам, связанным с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, которые в силу статьи 127 Конституции РФ и статьи 26 АПК РФ им подведомственны. Однако при толковании условий сделок, именуемых сторонами расчетным форвардным контрактом, арбитражные суды, выясняя в соответствии со статьей 431 ГК РФ общую волю сторон с учетом цели договора на основе обстоятельств, касающихся его заключения и исполнения (в том числе предшествующие переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, последующее их поведение, а также обычаи делового оборота), признают такие сделки вытекающими из игр и пари.

Федеральный законодатель осуществил специальное правовое регулирование лишь в отношении особой группы игровых сделок, а именно заключаемых государством и муниципальными образованиями (или по их разрешению) как организаторами лотерей, тотализаторов и других игр, основанных на риске, и лишь в отношении этих сделок предусмотрел возможность удовлетворения требований об исполнении связанных с ними обязательств (статья 1063 ГК РФ). Требования же по всем остальным игровым сделкам в силу статьи 1062 ГК РФ удовлетворению в судебном порядке не подлежат, вследствие чего признание сделки, заключенной на условиях расчетного форварда, игровой сделкой влечет отказ в обеспечении принудительного исполнения вытекающих из нее исковых требований.

Между тем даже в отсутствие гражданско-правового регулирования расчетных форвардных контрактов статья 1062 ГК РФ не препятствует арбитражным судам при определении юридической природы сделок, заключенных на условиях расчетного форварда, оценивая на основе установления и исследования фактических обстоятельств конкретного дела как формальную сторону, так и действительное содержание, существо сделки, решать вопрос о возможности удовлетворения требований по этой сделке в соответствии с вытекающими из Конституции РФ общими началами и смыслом гражданского законодательства (статья 8 "Основания возникновения гражданских прав и обязанностей" и статья 421 "Свобода договора" ГК РФ).

4. Правовое регулирование отношений, возникающих при осуществлении предпринимательской деятельности, в том числе носящей особо рисковый характер, призвано гарантировать свободу экономической деятельности (статья 8, часть 1 Конституции РФ), свободное использование каждым своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (статья 34, часть 1 Конституции РФ) и, следовательно, - свободу договора в качестве одного из основных начал гражданского законодательства.

Поэтому при осуществлении дальнейшего регулирования соответствующих отношений федеральному законодателю надлежит исходя из уровня развития финансового рынка, состояния контроля государства за ним, значения расчетных форвардных контрактов для формирования налогооблагаемых доходов, влияния их исполнения на устойчивость рубля установить создающие предпосылки организованного рынка таких контрактов правила доступа участников на рынок срочных обязательств, формы и методы контроля за ними, систему гарантий и страховых механизмов".

Таким образом, то обстоятельство, что в основе значительной части внутренних рисков может лежать злоупотребление конституционной свободой экономической деятельности, замечается правом, которое по общему правилу отказывает в юридической защите отношениям, связанным с игрой и пари. Именно в связи с этим и возникает проблема отграничения внутренних рисков, имеющих игровую природу, от тех, которые такой природы не имеют и ввиду этого обстоятельства могут и должны пользоваться правовой защитой.

Внутренние риски в отличие от внешних рисков обычно значительно более интенсивно пронизывают один из основных институтов гражданского общества - рынок. Для деятельности же системообразующих субъектов рыночных отношений - предпринимателей риск вообще становится, как уже говорилось ранее, неотъемлемым признаком. Значительное увеличение числа рисков в рыночной экономике по сравнению с экономикой архаических (традиционных) и социалистических обществ требует принятия специальных мер по экономической защите от отрицательных последствий реализующихся рисков.

Отсутствие такой защиты может привести к неустойчивости (нестабильности) экономической деятельности в условиях рынка - к тому, что лица, осуществляющие такую деятельность, окажутся неспособными компенсировать (демпфировать) возникшие в деятельности непредвиденные возмущения (изменения) за счет собственных имущественных ресурсов, в результате чего не только не будут достигнуты цели деятельности, но и ущемлены права и законные интересы третьих лиц. Отсутствие свойства устойчивости (стабильности) у экономической деятельности во многих случаях становится значительным тормозом для развития общества в целом и препятствует сохранению его надлежащей внутренней и внешней безопасности.

Отсюда следует, что введение в экономическую и правовую структуру рыночной экономики комплекса средств, гарантирующих устойчивость (стабильность, надежность) экономической деятельности в условиях риска, является необходимой предпосылкой для того, чтобы рыночная экономика смогла обеспечить надлежащее развитие общества.

Соответствующие меры должны быть приняты в первую очередь следующими субъектами:

1) системообразующими (профессиональными) участниками таких отношений - предпринимателями (путем широкого использования страхования[\*(285)](#sub_99285), хранения запасов[\*(286)](#sub_99286) и иных гарантий, в том числе способов обеспечения исполнения обязательств и пр.);

2) государством, в конституции которого в той или иной форме закреплен принцип рыночного характера экономических отношений (путем установления в законодательстве специальных правил, регулирующих деятельность предпринимателей по экономической защите от рисков и не ограничивающих чрезмерно фундаментальную для рынка свободу экономических отношений).

Эти меры по своим характеру и распространенности существенно отличаются от основных мер экономической стабилизации, которые присущи архаическим (традиционным) и социалистическим обществам, - мер, основанных на иерархии и подчинении.

Как представляется, именно последнее обстоятельство явилось причиной того, что и в архаических (традиционных) обществах, и в СССР - обществе социалистическом доминировали прежде всего публичные, а не частные отношения, связанные с экономической защитой от основных рисков.

В традиционном (архаическом) обществе такими отношениями являются прежде всего отношения по хранению, осуществляемому в публичном интересе, примером которых служит хранение основного материального ресурса - продовольствия[\*(287)](#sub_99287).

Хранение продовольствия рассматривается в традиционном (архаическом) обществе как крайне важный, фундаментальный вид публичной деятельности. В подобных обществах именно вожди исполняют функцию по хранению, формированию и распределению запасов пищи (определенного публичного ресурса - имущественного фонда).

Значимость данного публичного ресурса приводит к принятию в отношении него ряда специальных правил.

Основные из этих правил имеют своей целью исключение таких ситуаций, когда ресурс похищается, портится либо используется на личные цели его хранителя. Хранение как совокупность подобных мер обеспечивает стабильность (устойчивость) всех важнейших свойств и характеристик сохраняемого ресурса, а также окружающей его социальной среды[\*(288)](#sub_99288).

В СССР экономическая защита от основных рисков, так же как и в традиционном (архаическом) обществе, носила преимущественно публичный характер. В государственном бюджете на основе соответствующего бюджетного регулирования создавались специальные фонды и резервы на случай непредвиденных событий.

Что же касается частноправовых мер, связанных с экономической защитой от рисков, то подобным мерам в советском гражданском законодательстве уделялось недостаточное внимание (например, страхованию как единому институту в ГК РСФСР 1964 г. было посвящено всего пять статей (ст. 386-390), а хранению - 12 статей (ст. 422-433)[\*(289)](#sub_99289)). Более того, в советской гражданско-правовой доктрине в течение достаточно долгого времени - с конца 20-х годов прошлого века - со времен отказа в СССР от обладающего некоторыми рыночными чертами НЭПа)[\*(290)](#sub_99290) даже сама категория "риск" была практически предана забвению[\*(291)](#sub_99291). Только после "хрущевской либерализации", в 60-х - 70-х гг. прошлого века советская цивилистика вернулась к широкому обсуждению проблемы риска[\*(292)](#sub_99292), однако лишь немногие предложения ученых получили в то время нормативно-правовое закрепление.

В качестве одного из стабилизирующих экономические отношения факторов в рыночной экономике широко используется имущество. Причины тому следующие:

1) большинство рисков, присущих рыночной экономике, воздействует прежде всего на имущество;

2) имущество по самой своей природе (экономической и юридической), инертно и статично, что позволяет его эффективно использовать в качестве фундамента для стабилизации в условиях таких рисков.

Здесь необходимо отметить, что имущество в обществах, основанных на рыночной экономике, в отличие от имущества в архаических (традиционных) и социалистических обществах, обладает существенно более гибкой (разнообразной, диверсифицированной)[\*(293)](#sub_99293) экономической и юридической структурой. Только достаточная гибкость (разнообразие, диверсификация) структуры имущества позволяет наиболее эффективным образом обеспечивать стабильность (устойчивость) рыночных отношений, целенаправленно приспосабливая экономические условия жизни и деятельности членов соответствующего общества к постоянно меняющейся (ввиду внутреннего и внешнего риска) обстановке.

Экономическое и юридическое разнообразие имущества в таком обществе, в свою очередь, служит основой для возникновения разнообразия лиц, которым, в частности, обеспечивается наличие большого числа независимых продавцов и покупателей (данное условие является одним из пяти условий, необходимых для существования рынка)[\*(294)](#sub_99294).

Все это, конечно, совсем не означает, что в архаических (традиционных) и социалистических обществах имущество вообще не обладает разнообразием. И там имущество в определенном отношении разнообразно, но это разнообразие носит либо иной, отличный от экономического и юридического характер (в архаических (традиционных обществах))[\*(295)](#sub_99295), либо это разнообразие существенно меньшее (в социалистических обществах), чем в условиях рынка. Кроме того, в отличие от обществ, основанных на рыночной экономике, в архаических (традиционных) и социалистических обществах не разнообразие имущества, как уже говорилось, служит основой их стабильности.

Отметим теперь, что осуществление деятельности в условиях внутреннего (экономического) риска является хотя и главной, но не единственной причиной разнообразия имущества в рыночной экономике. Другой причиной является специализация и координация деятельности, которые во многом основаны на процессах разделения и объединения труда.

Поддержание разнообразия имущества требует наличия прежде всего специальных способов и средств разделения (индивидуализации) имущества.

История цивилизации показала, что наиболее эффективными из этих способов и средств являются те, что основаны на режиме собственности - когда разделение (индивидуализация) имущества осуществляется путем его выделения из общей имущественной массы и устойчивого закрепления за конкретным лицом (приватизация имущества). Историческими примерами могут служить:

1) выделение лицу имущества из состава имущества общины (при распаде традиционных (архаических) обществ);

2) приватизация государственного имущества (при распаде социалистических обществ).

В то же время следует отметить, что разнообразие имущества в современных условиях может быть достигнуто и на основе объединения имущества - путем установления его специального правового режима (например, путем создания юридического лица несколькими физическими лицами на основе части их имущества).

Кроме установления права собственности на имущество текущее законодательство предлагает и иные способы разрешения проблемы разнообразия имущества - того разнообразия, которое обеспечивает стабильность общества в условиях свободы и риска.

Например, к ним следует отнести ряд способов, основанных уже не на разделении, а на объединении имущества некоторым общим правовым режимом (например, объединение имущества - вкладов в общее дело физическими лицами в договоре простого товарищества).

Далее, в целях демпфирования (гашения) тех случайных (рисковых) возмущений, что могут привести к нестабильности в обществе, законодательством может быть предусмотрено формирование целевых имущественных структур - фондов и резервов (уставного капитала, резервного фонда и пр.)[\*(296)](#sub_99296).

Справедливости ради следует также отметить, что у разнообразия имущества как средства обеспечения устойчивости существует и обратная сторона. Слишком большое разнообразие имущества значительно усложняет процессы управления данным имуществом, что может стать причиной дезорганизации и неупорядоченности (стохастичности) управления. Это приводит к появлению дополнительных непредвиденных ситуаций, то есть чрезмерное разнообразие имущества может не уменьшить, а увеличить объем риска в обществе.

# Значение имущественного обеспечения реализации прав и обязанностей для стабильности общественной жизни и действия принципа верховенства права

Стабильность (устойчивость) совместной жизни людей невозможна без установления определенных границ присущей каждому свободы - без согласованности поведения. Такая согласованность выражается, в частности, в возникновении у людей определенных прав и обязанностей по отношению друг к другу. Еще одним фактором, обеспечивающим стабильность человеческой жизни, является эффективное взаимодействие человека с окружающим его внешним, не одаренным разумом материальным миром - с миром вещей, который представляет собой некий материальный ресурс жизни.

Подобное значение вещей в жизни человека является причиной следующего:

1) многие из взаимных прав и обязанностей людей имеют своим объектом данные материальные блага, т.е. обладают природой имущественных прав и обязанностей;

2) одной из основных целей установления таких прав и обязанностей является охрана указанных материальных благ.

Более того, реализация практически всех тех прав и обязанностей, которые имеют своим объектом нематериальные блага (жизнь, здоровье и пр.), то есть обладают природой личных неимущественных прав и обязанностей, в ряде случаев может быть затруднена или даже невозможна без наличия определенного объема[\*(297)](#sub_99297):

- материальных благ (продовольствия, воды, лекарств и т.д.),

- соответствующих имущественных прав и обязанностей (права на жилище и обязанности предоставить жилище, права на медицинскую помощь и обязанности оказывать медицинскую помощь и пр.).

Все это свидетельствует о значительной роли материальных благ, а также имущественных прав и обязанностей в современном обществе.

Следует отметить, что для сферы материальных благ, подвергающейся воздействию разнообразных рисков, важны не только имущественные субъективные (юридические) права и обязанности - возможности и обременения, являющиеся результатом действия правовых норм.

Риски, как уже говорилось ранее, обладают рядом характеристик, среди которых важное значение имеют социальная роль и квалификация лица, осуществляющего рисковую деятельность, его моральные качества и иные социальные факторы - то, что не позволяет этому лицу чрезмерно увеличивать рисковую нагрузку на других лиц, затрагиваемых данной деятельностью. Ввиду этого для сферы материальных благ, подвергающейся воздействию рисков, являются существенными также возможности и обременения, которые возникают вследствие действия иных, отличных от правовых норм, а именно - норм социальных, не являющихся правовыми. Такими возможностями и обременениями являются прежде всего моральные (нравственные, этические) права и моральные (нравственные, этические) обязанности имущественного характера.

Уже у Адама Смита, одного из основателей экономической теории, содержится косвенное указание на данное обстоятельство: "...благоразумие высшего порядка.... необходимо предполагает высшую степень совершенства нравственных и рассудочных качеств, соединение превосходной головы с превосходным сердцем...."[\*(298)](#sub_99298)

Той же точки зрения придерживался и А. Маршалл - основоположник ряда подходов в современной экономике: "Даже самые что ни на есть чисто хозяйственные отношения в жизни предполагают честность и правдивость, а многие из этих отношений предполагают если не наличие благородства, то по крайней мере отсутствие подлости, присутствие чувства гордости, которое свойственно каждому честному человеку, расплачивающемуся по своим обязательствам...."[\*(299)](#sub_99299)

Известный современный экономист Р.Х. Франк по данному поводу также указывает: "Человек, заботящийся исключительно о личном интересе, находится в определенной социальной изоляции, что отрицательно сказывается не только на состоянии души, но и на его материальном благосостоянии..."[\*(300)](#sub_99300) С другой стороны, он отмечает, что "люди, способные учитывать интересы других людей, не испытывают неудобств даже в материальном отношении. Если такие люди умеют распознавать друг друга, то для них открываются благоприятные возможности, которых лишены "оппортунисты"...."[\*(301)](#sub_99301).

Приведенные выше обстоятельства из сферы экономики полностью согласуются с новым пониманием права - права в гуманитарном смысле[\*(302)](#sub_99302). При подобном понимании права фундаментом правовой системы являются основные права человека, т.е. права, опосредуемые не только правовыми, но и нравственными (моральными, этическими, социальными) нормами.

Обычно понятия "этика", "мораль" и "нравственность" отождествляют. Основанием для этого служит то обстоятельство, что данные понятия в этимологическом плане имеют одинаковое содержание, которое закреплено соответственно греческим, латинским и славянским корнями, - а именно то содержание, которым в современном русском языке обладают понятия "привычка" и "обыкновения"[\*(303)](#sub_99303).

Вместе с тем ряд известных исследователей различают некоторые или все из данных понятий. Например, выдающийся немецкий философ XX в. Теодор В. Адорно отмечает, что "слово "мораль" происходит от латинского mores, что означает: "нравы"..." и что "....о нравах следует думать не иначе, как о правилах поведения, царящих в данных конкретных обществах, у данных конкретных народов...". В то же время этику он определяет иначе, отмечая, что "...."этика" - это неспокойная совесть морали....", и переводит греческое слово ethos как "склад характера", то есть "то, что каждый представляет собой в отдельности", "то, как специфически каждый создан...."[\*(304)](#sub_99304).

В дальнейшем в настоящей работе понятия "этика", "мораль" и "нравственность" в соответствии с общепринятым подходом будут рассматриваться как синонимы (за исключением особых случаев).

Со времен Канта в правовой литературе, как правило, с крайней осторожностью относятся к упоминанию о нравственности (морали, этике).

Кант, значительным образом повлиявший на такое отношение к морали (этике), стремясь четко разграничить мораль (этику) и право, во многих отношениях рассматривал данные понятия как антиподы (хотя в ряде случаев и стремился найти их взаимосвязь). Например, он указывал на следующее: "То законодательство, которое делает поступок долгом, а этот долг - мотивом, есть этическое законодательство, то законодательство, которое не включает это (условие) в закон и, стало быть, допускает и иной мотив, есть юридическое законодательство. В отношении этого последнего нетрудно понять.... что это законодательство должно принуждать, а не быть привлекательной приманкой...."[\*(305)](#sub_99305)

Современный подход к соотношению нравственности (морали, этики) и права основан скорее не на акцентировании различий между данными ценностями человеческой культуры, являющимися составными частями единого института социальных норм, а на их взаимосвязи и взаимообусловленности. Можно согласиться с тем, что "практически нельзя назвать и одной сферы общественных отношений, в которой в "химически чистом" виде действовал тот или иной вид социальных норм. Взаимодействие социальных регуляторов неизбежно в любой области жизнедеятельности людей" и что "мораль и право не имеют специфически предметно или пространственно обособленных сфер общественных отношений, а действуют в "едином поле" социальных связей...."[\*(306)](#sub_99306).

Направленность на изучение в первую очередь взаимодействия моральных и правовых норм, а не их конфликта проявлялась, в частности, уже у В.С. Соловьева, который рассматривал право как "низший предел или определенный минимум нравственности...."[\*(307)](#sub_99307). В настоящее время непосредственная связь права и нравственности осуществляется через институт прав человека и гражданина. Права человека определяются комплексом социальных норм повышенной значимости, в котором сосуществуют правовые и нравственные (моральные, этические) элементы, т.е. "в правах человека переплетаются правовые и моральные ценности...."[\*(308)](#sub_99308).

Конституционные нормы[\*(309)](#sub_99309) также признают основополагающее значение нравственности (морали, этики) для государства и общества. Признает определенное значение нравственных (моральных, этических) норм и общая теория права, а также отраслевая правовая теория[\*(310)](#sub_99310) и отраслевые нормы. В числе этих норм есть и такие, которые касаются возмещения вреда, т.е. нормы о возмещении морального вреда, а также норма, требующая учета правил нравственности при решении вопроса о возмещении имущественного вреда: "В возмещении вреда может быть отказано, если вред причинен по просьбе или с согласия потерпевшего, а действия причинителя вреда не нарушают нравственные принципы общества..."[\*(311)](#sub_99311) Перефразируя слова Теодора В. Адорно об этике, можно назвать мораль беспокойной совестью права.

Итак, поведение человека не определяется действием какого-либо одного конкретного вида существующих в обществе социальных норм (например, нормами права). Социальные нормы являются общими правилами поведения, регулирующими общественные отношения с целью нормирования жизни общества и ее стабилизации, ввиду чего в условиях "...правового общества, демократического государства гармоническое взаимодействие права с иными социальными нормами - необходимое условие его эффективности..."[\*(312)](#sub_99312).

По механизму своего действия (по регулятивным особенностям) социальные нормы делятся на:

1) мораль;

2) традиции;

3) обычаи;

4) право.

При этом в традиционных (архаических) обществах, основой организации которых по общему правилу служат институты, отличные от государства, из социальных норм доминируют переходные между моралью и правом формы социальных норм - обычаи и традиции. В обществах же, где одной из основ их организации служит государство (гражданское общество, социалистическое общество), в составе социальных норм доминируют моральные и правовые нормы[\*(313)](#sub_99313).

Таким образом, исследуя отношения, наиболее характерные для рыночной экономики - одной из основ гражданского общества, целесообразно делить права и обязанности на две следующие группы:

1) субъективные (юридические);

2) моральные (нравственные, этические).

Первая группа прав и обязанностей возникает в результате действия особого механизма - механизма правого регулирования, который трансформирует общие правила (правовые нормы) в модель поведения определенных субъектов.

В отличие от этого вторая группа прав и обязанностей не имеет такого четкого механизма своего формирования, в том числе формирования соответствующих моделей поведения. Моральное отношение носит односторонний характер, и его реализация основана на внутренних регуляторах личности: ценностях, мотивах, установках и пр.[\*(314)](#sub_99314) В силу этого содержание морального отношения - моральные права и обязанности в определенных (хотя и не во всех) аспектах можно рассматривать как права и обязанности по отношению к самому себе, что вводит существенный элемент субъективности в формирование этих прав и обязанностей и препятствует выделению единого механизма морального регулирования.

Участниками морального отношения могут быть не только какие-то конкретные лица, но и неопределенный круг лиц.

Примеры последних отношений - это те, где содержанием служат следующие моральные (нравственные, этические) обязанности: обязанность помогать нуждающимся и обязанность иметь определенные средства к существованию.

В качестве же примера морального отношения, где участниками являются конкретные лица, можно привести отношение, содержанием которого служит хорошо известная практически каждому моральная (нравственная, этическая) обязанность предоставить в случае своей возможной смерти определенные средства к существованию близкому человеку, не имеющему возможности самостоятельно ими себя обеспечить.

Хотя все перечисленные выше обязанности являются не юридическими, а лишь моральными[\*(315)](#sub_99315), их значение для устойчивости (стабильности) общественной жизни, для экономического процветания страны и финансовой системы государства в целом трудно переоценить.

Подобное значение упомянутых выше моральных обязанностей не остается незамеченным правом, которое хотя и не регулирует соответствующие моральные отношения, но предлагает целый спектр средств правового регулирования отношений, которые тесно связаны с ними, - отношений, обеспечивающих реализацию соответствующих моральных прав и обязанностей.

К таким обеспечительным отношениям относятся: отношения по сбережению определенной суммы средств или иного имущества, трудовые отношения либо отношения из договоров страхования (в том числе заключенных в пользу третьих лиц). Именно необходимость исполнения моральных обязанностей (морального долга) в значительном числе случаев является фактической причиной вступления лица в те, а не иные трудовые правоотношения, совершения им ряда банковских или страховых сделок и пр.

Законодатель предлагает различные варианты юридической защиты деятельности по исполнению лицом своих моральных обязанностей: специальное трудо-правовое регулирование (например, регулирование профессиональной военной службы, труда врачей и пр., нормативно-правое регулирование отношений по сбережению имущества (хранение или охрана имущества, осуществление вкладов в банки и т.д.), по личному страхованию (страхование на случай смерти и пр.) и иных отношений, связанных с исполнением морального долга).

Важность морали (нравственности, этики) как стержня или побудительной причины эффективной человеческой деятельности - очевидный факт в правовой доктрине, где, в частности, отмечается: "Без моральных скреп любая правовая конструкция разрушится, словно карточный домик, ибо в основе любых правовых отношений лежат отношения моральные: признание в других лицах людей, наделенных свободой, достоинством и ответственностью...."[\*(316)](#sub_99316)

Хотя деление прав и обязанностей на субъективные (юридические) и моральные (нравственные, этические) традиционно осуществляется по критерию, связанному с возможностью применения внешней (государственной, общественной) власти и принуждения в процессе реализации данных прав и обязанностей, это деление является достаточно условным, так как "авторитет власти, признаваемой легитимной, во многом зависит от силы, которую она черпает из связи с моральным долгом...."[\*(317)](#sub_99317).

Внешняя сила и принуждение являются далеко не единственными гарантиями принадлежащих лицу прав и реального исполнения возложенных на него обязанностей.

"Само насилие, однако, в значительной степени отодвинуто в тень. И чем дольше оно там остается, тем более эффективно и бесперебойно функционирует правовой механизм. В этом отношении многие современные государства достигли небывалого успеха, сравнимого с чудом, если принять во внимание человеческую натуру..."[\*(318)](#sub_99318)

Подобное преимущественно "бессиловое" действие права зачастую объясняется наличием в современном обществе специальных механизмов подтверждения легитимности власти, более тщательным регулированием применения силы и все более эффективным наказанием нарушителей[\*(319)](#sub_99319).

Однако не менее важной является превентивная деятельность - та деятельность, что предотвращает возникновение ситуаций, угрожающих осуществлению прав и исполнению обязанностей.

Здесь следует указать, что достаточно известны и разнообразны превентивные действия государства, связанные с уголовными преступлениями и административными проступками. Менее исследована в качестве превентивной деятельности та совокупность действий, которая направлена на предупреждение правонарушений в сфере гражданских прав и обязанностей. В то же время данные правонарушения распространены значительно более широко, чем уголовные преступления и административные проступки. Это приводит к существованию достаточно разнообразных мер превенции в сфере реализации гражданских прав и обязанностей - мер, осуществляемых как государством, так и частными лицами.

Так, например, наиболее распространенной превентивной мерой частного лица, имеющей целью предупредить нарушения права собственности на имущество (вещь), является деятельность по хранению или охране данного имущества[\*(320)](#sub_99320). Если лицо самостоятельно решает вопрос о необходимости хранения принадлежащего ему имущества, то осуществление им хранения представляет собой превентивные меры, в основе которых лежит моральная обязанность.

Ярким примером осуществления государством превенции в отношении нарушений права собственности представляет собой следующее правило: возможность причинения вреда имуществу лица в будущем может явиться основанием к иску о запрещении деятельности, создающей такую опасность[\*(321)](#sub_99321). В этом случае указанное запрещение представляет собой превентивные меры, основанные на юридической обязанности государства.

Однако практически любая современная деятельность в сфере высоких технологий является рисковой. Принося значительную пользу человечеству, она одновременно таит в себе опасность причинения вреда жизни, здоровью и имуществу человека. Точно так же ряд видов публичной деятельности, в частности деятельность военных, сотрудников органов внутренних дел и т.д., обладает несомненной общественной (государственной) полезностью, хотя в определенной степени и создает угрозу для жизни, здоровья и имущества как самих этих лиц, так и иных лиц, которые затрагиваются данной деятельностью.

Подобная двойственность результатов хотя и рисковой, но общественно (государственно) полезной деятельности не позволяет широко использовать в качестве превенции упомянутые выше запретительные меры и требует иных подходов к защите лиц и их имущества. Одним из таких подходов является создание механизмов, обеспечивающих наличие достаточного имущества для реализации права потерпевшего на надлежащее возмещение вреда - то возмещение, которое позволяет в определенной степени компенсировать (загладить) причиненный вред.

Этот подход является эффективным и в тех случаях, когда человек не может исключить источник риска ввиду его неподконтрольности или недостаточной подконтрольности человеку (например, риски стихийных бедствий или риски, связанные с совершением преступлений).

Во всех перечисленных выше случаях для имущественных (да и для ряда личных неимущественных) прав и обязанностей ничуть не менее эффективной гарантией их реализации, чем тщательное регулирование применения силы или наказания нарушителей, может послужить фактическое наличие тех имущественных благ, за счет которых могут быть реализованы эти права и осуществлено исполнение соответствующих обязанностей либо возмещен причиненный вред.

Ярким подтверждением тому служит история правового регулирования, связанного с исполнением обязанностей по возмещению вреда имущественным и личным неимущественным благам человека при причинении вреда, носящем достаточно массовый и (или) систематический, а также принципиально неустранимый характер ввиду невозможности запрета рискованной деятельности, на которой основан экономический и социальный прогресс в обществе. К таким обязанностям можно, например, отнести следующие: обязанность по возмещению вреда, причиненного жизни и здоровью работников производственными травмами и профессиональными заболеваниями[\*(322)](#sub_99322), обязанность по возмещению вреда, причиненного жизни и здоровью человека техногенными катастрофами,[\*(323)](#sub_99323) и т.д.).

История показывает, что использование в таких случаях классического механизма гражданско-правового деликта для исполнения обязанности по возмещению причиненного вреда зачастую терпит неудачу не в результате отсутствия у государства (общества) надлежащей воли по применению к должнику жестких мер принуждения, а по более банальной причине - по причине отсутствия у должника имущества, достаточного для возмещения вреда. При отсутствии у причинителя вреда (должника) необходимых имущественных средств исполнить корреспондирующую праву потерпевшего имущественную обязанность не поможет ни наличие у соответствующих прав и обязанностей юридической или моральной значимости, ни наличие у власти, применяющей принуждение, легитимности, ни величина силы принуждения, ни тщательное регулирование применения силы, ни значительность наказания нарушителей.

Фактическая чрезмерность имущественного обременения в отношении конкретного должника лишает эффективности все эти столь успешные в иных ситуациях меры, обеспечивающие действие правовых норм. В результате судебная система государства может на практике оказаться перегруженной заявленными требованиями, многие из которых невозможно реально исполнить, несмотря на всю их законность. Это дискредитирует судебную систему и саму идею права, являясь недопустимым в правовом государстве[\*(324)](#sub_99324).

Европейский суд по правам человека, рассматривая дело, связанное с неисполнением в связи с финансовыми трудностями, испытываемыми властями государства - причинителя вреда, судебного решения в отношении жертвы "массового деликта" - Чернобыльской катастрофы, указал на следующее: "Суд вновь напоминает, что пункт 1 статьи 6 Конвенции закрепляет за каждым право обращаться в суд в случае любого спора о его гражданских правах и обязанностях; таким образом, она заключает в себе "право на суд", одним из аспектов которого является право на доступ к правосудию, представляющее собой право возбуждать исковое производство в судах по вопросам гражданско-правового характера. Однако такое право было бы иллюзорным, если бы правовая система государства - участника Европейской конвенции допускала, чтобы судебное решение, вступившее в законную силу и обязательное к исполнению, оставалось недействующим в отношении одной стороны в ущерб ее интересам. Немыслимо, что пункт 1 статьи 6 Конвенции, детально описывая процессуальные гарантии сторон - справедливое, публичное и проводимое в разумный срок разбирательство, не предусматривал бы защиты процесса исполнения судебных решений; толкование статьи 6 Конвенции исключительно в рамках обеспечения лишь права на обращение в суд и порядка судебного разбирательства, вероятней всего привело бы к ситуациям, несовместимым с принципом верховенства права, который государства - участники Европейской конвенции обязались соблюдать, подписав Конвенцию. Исполнение судебного решения, принятого любым судом, должно, таким образом, рассматриваться как составляющая "судебного разбирательства" по смыслу статьи 6 Конвенции (см. Постановление Европейского Суда по делу "Хорнсби против Греции"[\*(325)](#sub_99325). - Примеч. автора).

35. Орган государства-ответчика не волен ссылаться на недостаточное финансирование в оправдание неуплаты долга, установленного решением суда. Предполагается, что та или иная задержка исполнения судебного решения при определенных обстоятельствах может быть оправданна. Однако задержка не может быть такой, что нарушала бы саму суть права, гарантируемого пунктом 1 статьи 6 Конвенции (см. Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу "Иммобилиаре Саффи" против Италии" ("Immobiliare Saffi" v. Italy), жалоба N 22774/93, § 74, ECHR 1999-V). Что касается настоящего дела, то финансовые трудности, испытываемые властями государства-ответчика, не должны были препятствовать заявителю получить причитающееся ему в результате выигрыша судебного дела о возмещении вреда, причиненного здоровью в результате чрезвычайных работ по ликвидации аварии...."[\*(326)](#sub_99326)

В своем решении Европейский Суд указал, что по общему правилу государство не может ссылаться на недостаточность средств для исполнения судебного решения. Однако он не исключил возможности задержки этого исполнения по объективным причинам, в том числе вследствие отсутствия необходимых средств, не признав при этом существование таких причин в рассмотренном им деле. Государство-ответчик (Россия), по мнению Европейского Суда, не проявило надлежащей предусмотрительности в части финансового (имущественного) обеспечения исполнения принятого российским судом решения (хотя, как представляется, объективные причины для этого существовали, в частности реализация экономических рисков в форме дефолта в России августа 1998 г.).

Неисполнением юридической имущественной обязанности нарушается еще одно основное право - право частной собственности[\*(327)](#sub_99327). Данное право закреплено в ст. 1 Протокола N 1 Европейской конвенции по правам человека: "Каждое физическое или юридическое лицо имеет право на уважение своей собственности. Никто не может быть лишен своего имущества иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права....."

Европейский Суд в своем решении указал на следующее.

"40. Суд вновь напоминает, что "требование" может пониматься как "собственность" по смыслу статьи 1 Протокола N 1 к Конвенции в случае, если в достаточной мере установлено, что оно может быть юридически реализовано (см. Постановление Европейского Суда по делу "Нефтеперегонные заводы Стран и Стратис Андреадис против Греции" (Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece) от 9 декабря 1994 г., Series A, N 301-В, p. 84, § 59).

Решения Шахтинского городского суда от 3 марта 1997 г., 21 мая 1999 г. и 9 марта 2000 г. обеспечили заявителя требованиями, которые могут быть юридически реализованы, а не просто общим правом на получение помощи со стороны государства. Решения вступили в законную силу, не будучи обжалованными в обычном порядке, и было возбуждено исполнительное производство. Следовательно, невозможность для заявителя добиться исполнения указанных судебных решений, по крайней мере до 5 марта 2001 г., является нарушением его права на уважение своей собственности...."[\*(328)](#sub_99328)

Из данной правовой позиции следует, что для всяких имущественного права и имущественной обязанности должна существовать фактическая возможность их реализации. Эта позиция Европейского Суда полностью соответствует точке зрения классика германской теоретико-правовой мысли Г. Еллинека, утверждавшего, что "всякое право есть право действующее...."[\*(329)](#sub_99329), то есть что право, которое только провозглашено и реализация которого на практике невозможна, - не является полноценным правом.

Если следовать подобной достаточно убедительной правовой позиции, то отсутствие вследствие реализации экономических рисков необходимого имущества для удовлетворения имущественных требований кредитора является определенным ограничением действия принципа верховенства права. Ввиду этого правовое государство обязано принимать меры, в том числе правового характера (основные из них упомянуты выше), для ослабления такого действия экономических рисков.

# Обычай в современном обороте (Ровный В.В.)

После выхода в свет моей книги, посвященной обычаю[\*(330)](#sub_99330), отдельные ее положения хотелось бы уточнить и развить. Я с удовольствием делаю это в рамках настоящей статьи в канун 20-летия кафедры коммерческого права юридического факультета СПбГУ и искренне поздравляю юбиляра, с которым меня связывают давние узы научного сотрудничества.

Всякий обычай - правило поведения, признаваемое в силу многократного повторения и социального признания образцом. Хотя обычай - одно из наиболее древних явлений, во многом предопределившее и "изнутри" повлиявшее на формирование права и его развитие, наукой он всегда воспринимался и оценивался неоднозначно, часто даже в рамках одного государства эта категория лишена внутреннего единства[\*(331)](#sub_99331). Правовые обычаи как особая разновидность обычаев являются формой (источником) права, обладают юридической нормативностью, установлены в качестве правила в отношении неопределенного круга лиц и занимают особое место в механизме правового регулирования, при этом на разных исторических этапах и в разных отраслях права их роль и значение различны. Изначально законодательная власть вообще не касалась многих отношений, не считала своей задачей их определение, не решалась самостоятельно творить право и долгое время ограничивалась закреплением обычаев, поэтому "юридическое воззрение прокладывало себе дорогу" именно путем обычая: первые нормативно-правовые акты формализовали обычаи, а ранние кодификации систематизировали их. Позднее закон вытеснил обычное право, став господствующей формой[\*(332)](#sub_99332), однако немало современных явлений преимущественно в сфере частного (гражданского) права имеют "обычное происхождение"[\*(333)](#sub_99333). В советский период правовые обычаи были малочисленны, а их примеры - единичны[\*(334)](#sub_99334), в условиях рынка и усиления в механизме правового регулирования диспозитивных начал их значимость заметно возросла. Исходя из ст. 5 ГК РФ, можно вообще предположить прямую связь между ростом их роли и той специальной частью предмета гражданского права, которую составляют предпринимательские отношения (деловой оборот). Неудивительно, что сдержанному решению вопроса о формах права в советский период современная доктрина противопоставила прямо противоположный подход: из тезиса о разнообразии проявлений предпринимательской деятельности иногда делают вывод о многообразии опосредствующих ее форм права, подчеркивая наряду с нормативным регулированием (регулированием нормативно-правовыми актами) большую роль ненормативных источников, куда относят обычаи делового оборота, судебную практику и прецедент, правовую доктрину, источники ненормативного регулирования, опосредствующие договорные, корпоративные и иные отношения, другие источники[\*(335)](#sub_99335). И хотя многообразие форм предпринимательства несомненно, бесспорно и то, что конкретный правопорядок признает не все известные формы правообразования, поэтому упоминание о прецеденте в романо-германской правовой семье и праве РФ возможно не благодаря неисчерпаемости проявлений предпринимательства, а из-за частого его интернационализма. К тому же из самого названия "нормативно-правовой акт" не следует, что только этот источник содержит нормы права, тогда как все остальные формулируют "ненормативные правила". Более того, само сочетание "ненормативный источник права" внутренне противоречиво: всякий источник права (в том числе правовой обычай и прецедент, если они признаны конкретным государством как источники) содержит норму - правило, рассчитанное на многократное повторение и обращенное к неопределенному кругу лиц. Роль и значение правовых обычаев за рамками частного права невелики: принципиальная неадекватность данной формы подчеркивается применительно к современному регулированию государственно-правовых отношений[\*(336)](#sub_99336), о регулирующей силе обычая в уголовном праве не приходится говорить вообще.

В романо-германской правовой семье правовой обычай может быть "в дополнение к закону" (если существует наряду с законом, не противоречит ему, дополняет и разъясняет его положения и используется благодаря прямой или подразумеваемой отсылке закона), "против закона" (если существует наряду с законом и, находясь в диссонансе с ним, формулирует самостоятельную норму, отличающуюся от нормы закона) и "кроме закона" (если устанавливает норму в условиях отсутствия законодательного регулирования)[\*(337)](#sub_99337). В условиях отсутствия единого мнения о признаках правовых обычаев[\*(338)](#sub_99338) ключевым все же считают государственное санкционирование, превращающее однообразное и устойчивое правило в норму права, которое обеспечивается отсылкой правила нормативно-правового акта к обычаю. При этом предмет санкции - не сам обычай, а возможность его использования. Правовое значение обычая полностью зависит от судьбы закона (обычай обязателен, пока не отменен закон, санкционирующий его использование)[\*(339)](#sub_99339). Государственное санкционирование в зависимости от объема может быть единичным и рамочным: в первом случае законодатель санкционирует применение конкретного обычая в рамках конкретного общественного отношения (см. п. 1 ст. 19, ст. 221 ГК РФ), во втором - применение группы обычаев, рассчитанных на разнообразные ситуации, при этом рамочная санкция может охватывать разный круг обычаев и ситуаций. Так, п. 2 ст. 285 Кодекса торгового мореплавания РФ[\*(340)](#sub_99340) (далее - КТМ РФ) санкционирует применение международных обычаев торгового мореплавания только по вопросам определения рода аварии, общеаварийных убытков и их распределения[\*(341)](#sub_99341), а ст. 5 ГК РФ - применение всякого обычая делового оборота вообще. При специальном санкционировании и "штучном" подходе к признанию обычая нормой права обычай находится под пристальным вниманием и контролем государства, при рамочном - нормой права могут стать не самые рациональные правила исключительно в силу соответствующей их групповой принадлежности. Некоторые авторы допускают также судебное санкционирование применения обычая[\*(342)](#sub_99342), а некоторые и вовсе ставят под сомнение как нормативное, так и судебное санкционирование: замечая, что правило обычая в первом случае становится законодательной нормой, а во втором поглощается прецедентом, они предлагают определить применимость правовых обычаев не через перечисление возможных случаев, а наоборот - через закрепление случаев невозможных[\*(343)](#sub_99343).

Обычаи, применение которых не санкционировано государством, не являются источником права и не обладают юридической нормативностью, тем не менее могут использоваться в процессе правового регулирования, в котором известны как обыкновения. При дифференциации правовых обычаев и обыкновений при общем едином подходе есть и различия[\*(344)](#sub_99344). Применение обыкновений - процедура юридизации неправовых обычаев, ограниченная договорной сферой и случаями, когда в праве образуется пробел и не работает ни один из правовых регуляторов (нормативно-правовой акт, договор, правовой обычай). Правило обыкновения опирается на обычную сложившуюся в обороте практику взаимоотношений "средних и абстрактных контрагентов" (а не на особенности взаимоотношений участников конкретного договора, в противном случае сотрется грань между обыкновением и заведенным порядком - близкими, но не тождественными явлениями)[\*(345)](#sub_99345). Поскольку такая практика неофициальна, обыкновения используются только как способ установления отсутствующих в договоре сведений, как индикатор типичных взаимоотношений большинства контрагентов. Применимость обыкновения зависит от его восприятия участниками конкретного договора (а от этого и правоприменителем), а раз так, то обыкновение должно быть известно контрагентам. Только при условии прямого или косвенного его восприятия (договор отсылает к обыкновению, по существу делая его условием договора, либо подразумевает или по крайней мере не исключает возможность его использования) соответствующее правило приобретает индивидуальное правовое значение и обязательность. В законодательстве РФ категория "обыкновение" не расшифровывается и не упоминается, скрываясь в ст. 309 ГК РФ под собирательным понятием "иных обычно предъявляемых требований". Напротив, п. 2 ст. 1-205 UCC[\*(346)](#sub_99346) определяет торговое обыкновение как любую практику или порядок деловых отношений, соблюдение которых в тех или иных местах, профессии или сфере деятельности носит настолько постоянный характер, что оправдывает ожидание их соблюдения также и в связи с данной сделкой. А поскольку соглашение - это фактически совершенная сделка, наличие которой вытекает из заявлений сторон или иных обстоятельств, в т.ч. торговых обыкновений (см. п. 3 ст. 1-201 UCC), торговое обыкновение - явление, неразрывно связанное с соглашением сторон.

И правовой обычай, и обыкновение - правила, созданные самой жизнью: публичные органы могут лишь придавать официальный характер некоторым обычным правилам, в частности посредством их обработки (обобщения и документирования в целях унификации), санкционирования и тем самым перевода из разряда обычных регуляторов в разряд правовых обычаев, наконец, учета и использования при разработке правил национальных нормативно-правовых актов и международных нормативных договоров. Противопоставление правовых обычаев и обыкновений не абсолютно, известно даже усиление этой пары третьим компонентом - неправовыми обычаями, которые в то же время противопоставляются обыкновениям. Так, указывают, что правовой (санкционированный) обычай в отличие от обыкновения имеет обязательную юридическую силу и является источником национального и международного публичного права, но в рамках третьей правовой системы (транснационального коммерческого права, современного lex mercatoria) обычай международной торговли объединяет все сложившиеся и устоявшиеся правила, которые в зависимости от их значимости и уровня применения могут быть собственно обычаями (наиболее значимые правила общего характера, применяемые к любым внешнеэкономическим сделкам), обыкновениями (правила, применяемые в отдельных сферах международного сотрудничества, в торговле определенными товарами), а также заведенным порядком (обычные правила, сложившиеся между конкретными лицами в определенной сфере международного бизнеса). Особенность всех этих правил в том, что они не являются правовыми нормами, поэтому при необходимости подчеркнуть юридическую обязательность правила говорят о правовом обычае[\*(347)](#sub_99347). Не случайно в международных актах за упоминаниями об обычаях нередко фактически скрываются обыкновения в том смысле этого термина, как он понимается в российском праве. "1) Стороны, - сказано в ст. 9 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.[\*(348)](#sub_99348), - связаны любым обычаем, относительно которого они договорились: 2) При отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их договору или его заключению обычая, о котором они знали или должны были знать и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли". Первое правило воспроизведено дословно, второе - в измененном виде в ст. 1.8 Принципов УНИДРУА[\*(349)](#sub_99349), природу, статус и зависимость применения которых от наличия волеизъявления сторон трактуют по-разному[\*(350)](#sub_99350). К тому же одно и то же правило в одном государстве может быть обычаем, в другом - обыкновением, а иногда выбор между обычаем и обыкновением и вовсе лишен смысла. Так, подготовленный МТП "Инкотермс"[\*(351)](#sub_99351) можно признать за сборник обыкновений потому, что его ст. 22 предусматривает: "Коммерсанты, желающие использовать настоящие правила, должны предусматривать, что их договоры будут регулироваться положениями Инкотермс 1990 г.". Президиумом ВАС РФ эта позиция была подтверждена и в отношении судов[\*(352)](#sub_99352). И все же зависимость применения Инкотермс от отсылки к нему договора нередко игнорируется, а в отдельных случаях он и вовсе возведен в ранг закона, кроме того, если договор содержит отсылку к этим правилам, они становятся условиями договора и уже нет надобности выяснять вопрос их соответствия обычаям и обыкновениям[\*(353)](#sub_99353). Известны также случаи, когда обычай (например, торговый обычай в английском праве) не носит нормативного характера и понимается с точки зрения подразумеваемых условий договора, т.е. более соответствует понятию обыкновения. Это же, видимо, справедливо и в отношении обычаев оборота, предусмотренных § 157 и 242 BGB и противопоставляемых обычаю как источнику права[\*(354)](#sub_99354).

Обычай делового оборота (или торговый обычай - см. п. 3 ст. 28 Закона РФ от 7 июля 1993 г. N 5338-I "О международном коммерческом арбитраже")[\*(355)](#sub_99355) - вид гражданско-правового обычая (см. ст. 5 ГК РФ). Первые упоминания о торговых обычаях без какой-либо их расшифровки появились в Основах гражданского законодательства СССР и республик от 31 мая 1991 г. (см. п. 2 ст. 59, п. 2, 3 ст. 63, ст. 64, п. 2 ст. 75)[\*(356)](#sub_99356). В п. 1 ст. 5 ГК РФ торговый обычай получил легальное определение, а его применимость - рамочное санкционирование, поэтому применение конкретного торгового обычая не связано с необходимостью отсылки к нему закона. Тем не менее в законодательстве можно встретить особые о них упоминания. В одних случаях последние существуют для обеспечения стройности и ясности правового регулирования, акцентирования внимания на специфике праворегулируемой сферы (см. ст. 309, п. 2 ст. 474, п. 2 ст. 478, п. 2 ст. 513, ст. 848, п. 3 ст. 863, п. 3 ст. 867, п. 2 ст. 874 ГК РФ, а также п. 2 ст. 129 и п. 1 ст. 138 КТМ РФ), в других - в целях обеспечения влияния торгового обычая на диспозитивные нормы закона (см. ст. 311, п. 2 ст. 314, ст. 315, 316, п. 1 ст. 508, п. 1 ст. 510, п. 1 ст. 863 ГК РФ)[\*(357)](#sub_99357). Основная - регулятивная - функция торгового обычая (см. ст. 5, п. 5 ст. 421 ГК РФ) ограничена деловой (предпринимательской) сферой и сферой оборота (договорными отношениями). Поэтому торговые обычаи не могут применяться между коммерсантами в общегражданской сфере (например, деликтной), использоваться при регулировании общегражданских отношений по аналогии ввиду отсутствия в механизме гражданско-правового регулирования аналогии обычая, к тому же специально-гражданский характер торговых обычаев препятствует их использованию для раскрытия общих начал и смысла гражданского законодательства, т.е. для целей аналогии права (см. п. 2 ст. 6 ГК РФ). Наконец, не охватываются ст. 5 ГК РФ и не покрываются рамочным санкционированием обычаи, хотя и существующие в деловой сфере, но не относящиеся к обороту (например, корпоративные обычаи)[\*(358)](#sub_99358). Кроме регулятивной торговый обычай выполняет информационную функцию - используется для определения содержания существующего договора (см. ч. 2 ст. 431 ГК РФ).

В советской доктрине под торговым обычаем понималось правило, сложившееся в сфере внешней торговли на основе постоянного и единообразного повторения данных фактических отношений[\*(359)](#sub_99359). Статья 5 ГК РФ признает под ним сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательства правило, не предусмотренное законодательством, независимо от его фиксации в каком-либо документе, которое не должно противоречить обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договора. Высшие судебные инстанции, дополняя это, определяют торговый обычай как правило, не предусмотренное не только законодательством, но и договором[\*(360)](#sub_99360). Как видно, одни признаки торгового обычая сформулированы при помощи оценочных категорий (правило должно быть сложившимся и широко применимым), другие, напротив, вполне определенны (применимость в какой-либо области предпринимательства, легальная непредусмотренность, неформализованность, подчинение обязательным правилам законодательства и условиям договора). Разумеется, при признании правила торговым обычаем наибольшую сложность представляют оценочные признаки. Так, выяснение за тем или иным правилом сложившегося характера и широкой применимости сопряжено с установлением совокупности разных обстоятельств, в их числе: примерное время его возникновения, стабильность (устойчивость) существования, однообразность и возможная динамика содержания, степень известности в деловых кругах, распространенность (степень признания), частота применения (постоянство соблюдения, многократность, систематизм), исключительность (отсутствие альтернатив и конкуренции со стороны других обычных правил). Следует учитывать и внутренние связи между этими обстоятельствами. К примеру, стабильное однообразие применяемого правила "снижает" требование многократности, и наоборот, чем с большими изменениями оно повторяется, тем требуется больше случаев, чтобы убедиться в истинном смысле обычая и в его соответствии общественному сознанию[\*(361)](#sub_99361).

Торговые обычаи, применяемые в предпринимательстве, не находятся в жесткой зависимости от территориального признака, и могут быть интернациональными и внутренними (национальными и местными). Различное территориальное проявление торговых обычаев не следует понимать механически и абсолютно. Во-первых, интернациональный характер обычая - не есть простое фактическое совпадение внутренних (национальных) обычаев: для признания обычая интернациональным необходимы наличие устойчивой однообразной международной практики и санкционирование государствами соответствующего правила без изменений[\*(362)](#sub_99362). Это же верно и в отношении национальных обычаев, которые не являются простым совпадением местных обычаев. Во-вторых, национальный характер торгового обычая не означает его безусловного общегосударственного признания, а интернационализм торгового обычая не следует понимать как его признание всем населением планеты. Население той или иной территории, скорее всего, наоборот, не знает о существовании торгового обычая ввиду его специфического назначения обслуживать потребности той или иной торговой сферы, поэтому речь идет лишь о социальном слое предпринимателей (и даже определенной их части, ибо хлеботорговца мало интересуют обычаи книжной торговли)[\*(363)](#sub_99363). Отсюда торговые обычаи как явление, в большей степени ориентированное на экономику, можно подразделить также на межотраслевые, отраслевые и подотраслевые. Поскольку предпринимательство - социально-экономическое явление, имманентно свободное и открытое, во многих его сферах широко известны интернациональные обычаи. Так, типичные для германского и французского права требования честности и добросовестности (лояльности) участников договорного процесса в отношении контрагента и серьезности их намерений при заключении договора, предусматривающие взаимную ответственность за вину при переговорах (culpa in contrahendo), основываются не столько на позитивном праве, сколько на результатах развития права судебной практикой и доктриной, а потому являются нормами обычного права[\*(364)](#sub_99364). Отсюда - известная попытка противопоставления обычаев (которым якобы присуща социальная, экономическая, территориальная и т.п. замкнутость, а значит локальность) открытым (трансцендентальным) традициям[\*(365)](#sub_99365) - едва ли имеет практический смысл и уж точно не соответствует ст. 5 ГК РФ. Многие изначально национальные обычаи позднее стали интернациональными, а те, в свою очередь, привели к формированию международно-правовых институтов, нашедших отражение в конвенциях. Те же древние морские обычаи борьбы с опасностями (например, жертвовать меньшей частью имущества во имя сохранения большей его части), восходящие к Финикийскому и Родосскому морскому праву, в условиях противостояния варварским обычаям "берегового права" послужили толчком к развитию национальных и международно-правовых институтов аварии, спасания на море и подъема затонувшего имущества[\*(366)](#sub_99366). Российская Федерация 17 декабря 1998 г. ратифицировала Международную конвенцию о спасании 1989 г.[\*(367)](#sub_99367)

Легальная непредусмотренность торгового обычая не означает, что законодательство вообще не должно содержать упоминаний об обычае (в конце концов, ссылка закона на обычай санкционирует его применение). Все дело в том, чтобы в тексте нормативно-правового акта не была сформулирована сущность обычая, в противном случае норма права попросту поменяет свой статус и вместо обычного правила станет правилом нормативно-правового акта. Такая трансформация не исключена в отношении наиболее прогрессивных и стабильных правовых обычаев. В принципе не исключен и обратный процесс, когда отмененное правило нормативно-правового акта в силу его устоявшегося характера и популярности продолжает использоваться как обычай. При условии государственного санкционирования последний станет правовым (перейдет из одной категории источников права в другую), в остальных же случаях - может использоваться как обыкновение. Так, солидный стаж известных Положений о поставках[\*(368)](#sub_99368), регулировавших одноименные планово-договорные отношения и отмененных с 1 марта 1996 г., многолетний опыт работы с ними и сформировавшаяся практика благоприятствуют использованию в рамках конкретных договоров отдельных правил данных актов как обыкновений, по крайней мере если это не противоречит условиям рынка и действующему законодательству РФ, а также соответствует действительным намерениям сторон. Примечательно, что насчет судьбы [Положений](#sub_2) о поставках ВАС РФ принял следующее решение: использование правил этих актов возможно, если они не противоречат императивным нормам ГК РФ и в договоре есть ссылка на пункт [Положений](#sub_4) либо из текста договора очевидно намерение сторон его применять, при этом соответствующие правила признаются согласованными условиями обязательства[\*(369)](#sub_99369). С этим можно согласиться лишь наполовину: если прямая ссылка в договоре на правила [Положений](#sub_6) и в самом деле позволяет считать данные правила согласованными условиями договора (а заодно избавляет от решения вопроса о их принадлежности к обычаям или обыкновениям), то применение правил на основании одного лишь намерения сторон в условиях отсутствия прямой отсылки к ним договора - это уже не согласованное условие обязательства, а обыкновение. Отсюда в первом случае применяться будет правило отмененного акта, ставшее условием договора, во втором - обыкновение.

В римском праве обычное (неписаное) право (jus non scriptum) противопоставлялось писаному (jus scriptum), которое составляли законы и другие нормы, исходящие от органов власти и зафиксированные ими в определенной редакции[\*(370)](#sub_99370). Между тем присущая современному торговому обычаю неформализованность вовсе не означает, что отсутствие письменной фиксации - его имманентная черта. Неформализованность означает непринципиальность документирования торгового обычая, так как это не является критерием признания его источником права, условием существования и применимости. Торговые обычаи могут быть формально закреплены, но это не меняет их статуса обычного правила и не переводит в разряд правил нормативно-правовых актов. Так, примерные условия договора (см. ст. 427 ГК РФ), специально разрабатываемые для некоторых договоров и публикуемые в печати в виде примерного, типового договора или иного документа, могут регулировать конкретные договорные отношения в качестве торговых обычаев при двух условиях: если они отвечают требованиям ст. 5 и п. 5 ст. 421 ГК РФ и договор не содержит отсылки к ним. И это понятно. Во-первых, само по себе существование примерных условий не наделяет их статусом торгового обычая: они попросту могут не обладать всеми необходимыми для этого признаками (например, не завоевать широкой популярности из-за новизны). Из этого же, кстати, исходит и судебная практика: сама по себе ссылка на положение типового контракта - не есть бесспорное доказательство существования обычая, данный аргумент требует анализа с учетом всей совокупности обстоятельств дела[\*(371)](#sub_99371). Во-вторых, указание на то, что договор не должен содержать отсылки к примерным условиям, принимая во внимание специальное назначение правила п. 2 ст. 427 ГК РФ, призвано отдать предпочтение согласованным условиям договора, приобретающим для сторон обязательное значение, а этот факт снимает вопрос о принадлежности примерных условий к торговым обычаям.

Неформализованность торгового обычая, тесно связанная с его динамичностью (пластичностью), порождает неопределенность (недостаточную определенность) его содержания, а иногда и самого существования[\*(372)](#sub_99372), проблемы разрозненности и несогласованности обычаев, трудности их установления и доказывания. Все это влияет на процессуальный статус данной формы права: наличие обычая и (или) его содержание (а равно отсутствие обычая) доказывается заинтересованной стороной, а окончательное решение в этом вопросе - прерогатива судебных инстанций. Между тем признание источником права иных (кроме нормативных актов) явлений небезопасно: отсутствие в источнике формализованности напрямую связано с субъективными наклонностями и мировоззрением отдельного судьи, чревато произволом правоприменителей и разногласиями при установлении содержания применимого права[\*(373)](#sub_99373). Формализация (унификация) обычаев, во всяком случае способствующая достижению определенности их содержания, может протекать в виде неофициальной унификации, официальной легализации государственным нормотворческим органом, а также международной конвенционализации. Данный процесс обеспечивают разные организации: международные межправительственные (УНИДРУА, ЮНСИТРАЛ), региональные (ЕЭК ООН), а также неправительственные (МТП), известны также успешные национальные унификации обычаев (Чехословацкий кодекс международной торговли 1964 г., Югославские Общие торговые обычаи 1954 г. и др.). Всякий процесс формализации обычаев "разрушителен" для обычного права. Так, обычай, подвергнутый неофициальной унификации, - обычай sui generis, подведенный под некий общий знаменатель (а потому соответствующий большинству и не соответствующий меньшинству). В свою очередь, процессы официальной легализации обычая государственным нормотворческим органом (внутригосударственной легализации) и международной конвенционализации и вовсе трансформируют норму обычного права в правило нормативно-правового акта или международного договора. В литературе обращают внимание на это - "губительное" - влияние процесса унификации на обычное право. Так, исследователи французских обычаев отмечают, что отредактированные властью кутюмы[\*(374)](#sub_99374) перестали быть обычаями в буквальном смысле и не приобрели силы законодательного акта (заинтересованная сторона вправе доказывать, что вместо документированного обычая, вышедшего из употребления, применяется другой - нигде не записанный и противоположного содержания)[\*(375)](#sub_99375). В другом случае, исходя из того, что нормы обычного права (с единственной адекватной для них вербальной или вербально-символической формой) в ходе письменной фиксации часто подвергаются переработке или обработке, обычаям противопоставляют своды единообразных правил, представляющие собой основанные на обычном материале и соответствующим образом отредактированные и дополненные публикации авторитетных неправительственных и негосударственных организаций, а также корпоративные нормы (унифицированные правила), представляющие собой конвенциональные (договорные) нормы[\*(376)](#sub_99376). Отмечают также, что, хотя иностранная доктрина часто признает типовые договоры, своды единообразных правил и другие подобные документы кодификациями обычаев и обыкновений, положения этих документов - не есть бесспорное доказательство наличия обычного правила, а их значимость зависит от того, насколько верно они отражают последние[\*(377)](#sub_99377).

Согласно п. 2 ст. 5 ГК РФ торговый обычай неприменим, если он противоречит обязательным для сторон положениям законодательства или договору, из чего следует его подчиненное относительно указанных регуляторов положение. Императивная норма (см. п. 1 ст. 422 ГК РФ), как наиболее жесткая, имеет безусловное преимущество над всеми прочими регуляторами (в том числе над всяким договором и торговым обычаем), а поскольку императивные нормы для сторон обязательны всегда (п. 1 ст. 422 ГК РФ), торговый обычай, противоречащий таким нормам, не применяется (см. п. 2 ст. 5 ГК РФ). Диспозитивные нормы не являются для сторон обязательными и могут быть изменены (исключены) договором (см. абз. 2 п. 4 ст. 421 ГК РФ). Правило диспозитивной нормы становится обычным условием договора в случае его восприятия сторонами или существенным условием договора, если оно принимается ими в измененном виде (см. п. 4 ст. 421, п. 1 ст. 422 ГК РФ). Как бы там ни было, речь во всяком случае идет об условии договора, имеющем обязательное для сторон значение, а значит способном блокировать применение противоречащих ему торговых обычаев (см. п. 2 ст. 5 ГК РФ)[\*(378)](#sub_99378). Применение торгового обычая в каждом конкретном случае возможно в части, не охваченной нормативным или договорным регулированием, при этом оно не обусловлено наличием отсылки ни закона (в силу рамочного санкционирования применения всякого торгового обычая вообще), ни договора (так как речь идет об источнике права). Если соответствующий требованиям законодательства договор воспринимает существующий торговый обычай, правила последнего становятся обычными и обязательными для сторон условиями договора, которые в иерархии регуляторов общественных отношений занимают более высокое положение, чем торговый обычай (см. п. 5 ст. 421 ГК РФ). Если соответствующий требованиям законодательства договор регулирует отношения сторон иначе, чем торговый обычай (посредством установления собственного правила или восприятия диспозитивной нормы закона), принимаются во внимание данные условия договора, обязательность которых для сторон блокирует действие противоречащего им торгового обычая (см. п. 2 ст. 5 ГК РФ). Наконец, если соответствующий требованиям законодательства договор сам не регулирует отношения сторон и одновременно исключает действие существующего по данному поводу торгового обычая (теоретически можно допустить и такое), налицо заведомое создание сторонами пробела, попытаться устранить который можно только при помощи ст. 6 ГК РФ. Таким образом, всякий торговый обычай - норма диспозитивная, поскольку может быть изменена (отменена) законодательством или договором. Формальный приоритет законодательства и договора над торговым обычаем закреплен в ряде правил закона. Так, согласно п. 2 ст. 5 ГК РФ "обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются". Согласно ст. 421 ГК РФ свобода определения условий договора ограничена только императивными нормами закона и иных правовых актов, ее не могут ограничивать диспозитивные нормы законодательства и уж тем более обычай (см. п. 4), который приходит на помощь договору, только если соответствующее условие не определено сторонами и диспозитивной нормой (см. п. 5). Наконец, в силу ст. 309 ГК РФ "обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов" и только "при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями".

Приоритет императивных правил законодательства и условий договора над торговыми обычаями никогда не вызывал сомнений, этого, однако, нельзя утверждать в отношении правил диспозитивных. Если до принятия ГК РФ отдельные авторы ратовали за безусловный примат торгового обычая над диспозитивной нормой закона, то теперь они указывают на то, что правило п. 5 ст. 421 ГК РФ испытывает ограничения[\*(379)](#sub_99379). И это на самом деле так. В иерархии регуляторов гражданско-правовых отношений свободу договора ограничивают только императивные нормы, диспозитивные же сами могут испытывать влияние со стороны закона, иных правовых актов, договора, а также торговых обычаев (см. ст. 311, 312, 314-316, 438, 452, 459, 508, 510, 724 ГК РФ)[\*(380)](#sub_99380). Поэтому единая категория торгового обычая представлена двумя его разновидностями: торговыми обычаями "в дополнение к закону" (общее правило) и "против закона" (исключение, при котором торговый обычай изменяет диспозитивную норму закона). Вот почему законодатель помимо рамочного санкционирования применения торгового обычая в ст. 5 ГК РФ в целом ряде случаев упоминает о них в специальном контексте, имея в виду эту - последнюю - их разновидность. Некоторые авторы, не ставя такой подход современного законодателя под сомнение, вместе с тем подчеркивают в качестве общего правила приоритет правового обычая над диспозитивными правилами подзаконных актов, содержащих нормы гражданского права; другие же, напротив, сомневаясь в его правильности, считают необходимым существование некоего общегражданского "генерального" обычая (действующего во всех институтах в той мере, в какой они допускают диспозитивный метод регулирования) и его по общему правилу приоритет над диспозитивной нормой закона[\*(381)](#sub_99381). Выделение в романо-германской правовой семье торгового обычая "кроме закона", по всей видимости, имеет связь с характерным для некоторых государств явлением дуализма частного права. Но если согласно специальным источникам этот вид обычая и там "обречен на весьма второстепенную роль"[\*(382)](#sub_99382), попытки его обоснования в РФ в условиях монистической модели частного права сомнительны вдвойне. Не стоит забывать и о рамочном санкционировании единым - гражданским - законодательством и признании источником права всякого торгового обычая (ст. 5 ГК РФ), что само по себе обеспечивает единство нормативно-правового регулирования (взаимосвязь между нормами правовых актов и торговых обычаев) и направлено на преодоление в позитивном праве пробелов, с которыми, как видно, и связано существование обычаев "кроме закона".

# Фирменное наименование и основания его использования коммерческими организациями (Городов О.А.)

Правовая охрана фирменных наименований предусмотрена национальным законодательством большинства стран. При этом специальные законодательные акты о фирме встречаются сравнительно редко, а основные правила, регламентирующие особенности правовой охраны и использования фирменных наименований сосредоточены главным образом в массиве гражданского и торгового законодательства, регулирующего отношения, связанные с деятельностью хозяйствующих субъектов, законодательства о товарных знаках и пресечении недобросовестной конкуренции. Россия относится к числу государств, в которых правовая охрана фирменных наименований осуществлялась и осуществляется посредством норм гражданского законодательства, сосредоточенных в кодифицированном акте и в специальных законах об отдельных видах коммерческих организаций.

На всем протяжении развития отечественного законодательства о фирменных наименованиях создавалось и учение о фирме, вклад в которое внесли такие известные ученые, как П.П. Цитович[\*(383)](#sub_99383), Г.Ф. Шершеневич[\*(384)](#sub_99384), А.И. Каминка[\*(385)](#sub_99385), В.В. Розенберг[\*(386)](#sub_99386). В рамках учения о фирме складывалось само понятие фирмы, принципы, на которых должны покоиться требования действующего законодательства о фирме, правила построения фирмы (структура фирменного наименования).

Так, П.П. Цитович определял фирму как имя, под которым ведется торговля данного лица. Фирма - имя и торговца и его торговли[\*(387)](#sub_99387). Г.Ф. Шершеневич отождествлял фирму с названием торгового предприятия как обособленного частного хозяйства[\*(388)](#sub_99388).

А.И. Каминка, анализируя два определения торговой фирмы, а именно: фирма как название торгового предприятия и фирма как обозначение собственника торгового предприятия, пришел к выводу о том, что "это все не может заставить нас признать фирму названием предприятия, так как такое признание с необходимостью привело бы нас к запрету переносить фирму на другое предприятие того же лица или вести под одной и той же фирмой несколько различных предприятий[\*(389)](#sub_99389).

В.В. Розенберг рассматривал фирму не только как название предприятия, как "обозначение предприятия, т.е. такой же составной элемент, как гражданское имя для правоспособной личности, но и внешнее, нужное в целях права воплощение предприятия"[\*(390)](#sub_99390).

В юридической литературе советского периода встречаются следующие определения фирмы: "Фирма - это наименование, под которым владелец предприятия, единоличный или юридическое лицо, выступает в торговом обороте"[\*(391)](#sub_99391), "фирмой называется то имя, под которым торговое (в том числе торгово-промышленное) предприятие выступает в обороте и которое индивидуализирует это предприятие в ряду других участников оборота"[\*(392)](#sub_99392), "фирмой называется наименование предприятия"[\*(393)](#sub_99393).

В новейшей гражданско-правовой литературе под фирменным наименованием понимается "то наименование, под которым предприниматель выступает в гражданском обороте и которое индивидуализирует его среди других участников гражданского оборота"[\*(394)](#sub_99394).

Из приведенных определений фирменного наименования (фирмы) следует, что главное его назначение - индивидуализировать участника гражданского оборота - предпринимателя среди подобных ему субъектов, т.е. лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью. Такая способность к индивидуализации должна базироваться на некоторых общих положениях, касающихся требований, обязательных к предъявлению по отношению к фирменному наименованию.

Заслуга в формулировке этих положений принадлежит прежде всего В.В. Розенбергу, который выделял три основополагающих принципа, а именно принципы истинности, исключительности и постоянства фирмы[\*(395)](#sub_99395).

Принцип истинности фирмы состоит в том, что последняя, выступая средством индивидуализации субъекта предпринимательской деятельности, должна являться правдивой характеристикой этой деятельности и не служить средством введения в заблуждение участников гражданского оборота и потребителей продукции. В российском законодательстве принцип истинности фирмы реализован, в частности, в п. 7 Положения о фирме 1927 г.[\*(396)](#sub_99396), согласно которому не дозволяется включать в фирму обозначения, способные ввести в заблуждение. Аналогичное правило установлено в п. 1 ст. 10 Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. N 948-I "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках"[\*(397)](#sub_99397). На практике при реализации принципа истинности важно указание на действительного владельца предприятия. Так, согласно п. 1 ст. 4 Федерального закона от 14 ноября 2002 г. N 161-ФЗ "О государственных и муниципальных унитарных предприятиях"[\*(398)](#sub_99398) (далее - Закон об унитарных предприятиях) полное фирменное наименование государственного или муниципального предприятия на русском языке должно содержать слова "федеральное государственное предприятие", "государственное предприятие" или "муниципальное предприятие" и указание на собственника его имущества - Российскую Федерацию, субъекта РФ или муниципальное образование.

Принцип исключительности фирмы заключается в требовании о том, чтобы она была в состоянии предупреждать смешение различных предприятий, т.е. не быть тождественной или схожей до степени смешения с другими фирмами. Этот принцип реализован, в частности, в п. 6 Положения о фирме 1927 г., в соответствии с которым фирма предприятия должна содержать указания, необходимые для отличения предприятия от других однородных предприятий (специальное наименование, номер и т.п.). Степень однородности действующее законодательство не раскрывает. Судебная практика понимает под однородностью наличие одной и той же организационно-правовой формы[\*(399)](#sub_99399). Поэтому, если предприятия имеют различную организационно-правовую форму, например акционерное общество и общество с ограниченной ответственностью, они могут выступать в гражданском обороте под схожим фирменным наименованием. В литературе высказывается мнение о том, что вопрос о "допустимости или недопустимости степени сходства двух фирменных наименований должен решаться каждый раз исходя из фактических обстоятельств каждого отдельного случая"[\*(400)](#sub_99400). Принцип исключительности фирмы реализован и в законодательстве о товарных знаках. Так, согласно п. 3 ст. 7 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. N 3520-I "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров"[\*(401)](#sub_99401) не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков обозначения, тождественные охраняемому в России фирменному наименованию (его части) в отношении однородных товаров.

Принцип постоянства фирмы состоит в неизменности фирменного наименования в течение всего времени пользования им в рамках одной организационно-правовой формы предпринимательства и при переходе предприятия от одного собственника к другому. Принцип постоянства фирмы находится в известном противоречии с принципом истинности. Указанное противоречие разрешается в различных странах по-разному. Считается, что преобладание принципа истинности характерно для французского законодательства, а начало постоянства является доминирующим в законодательстве Германии. Российское законодательство в этом вопросе тяготеет скорее к французской модели приоритетов построения фирмы. В качестве примера следования принципу постоянства фирмы можно назвать Постановление Верховного Совета РФ от 15 апреля 1993 г. N 4814-1 "О правопреемстве фирменных наименований акционируемых государственных предприятий"[\*(402)](#sub_99402).

В п. 1 указанного постановления содержится правило, устанавливающее возможность сохранения фирменных наименований за государственными предприятиями, осуществившими и осуществляющими свое обязательное акционирование (разгосударствление).

Требования, предъявляемые к фирменному наименованию и именуемые принципами фирмы, предопределяют структуру последней. Модель указанной структуры была предложена В.В. Розенбергом в 1914 г. и до последнего времени не претерпела каких-либо существенных изменений[\*(403)](#sub_99403).

В структуре фирменного наименования выделяются две части: основная и необходимая. Основная часть именуется корпусом фирмы, а необходимая - добавлениями. В литературе встречаются различные точки зрения на состав этих частей.

Так, В.В. Розенберг полагал, что содержанием корпуса фирмы является указание на владельца предприятия, а "эти прочие отношения находят свое отражение в добавлениях к корпусу фирмы. К числу таких именно отношений предприятия относятся: 1) юридическая форма владения торгово-промышленным предприятием (единоличное, полное товарищество, коммандита, акционерная компания); 2) указания, служащие для отличия личности владельца или предприятия (например, "преемник", "вдова", "братья", обозначение предмета предприятия и т.п.); 3) рекламные прибавки ("центральный", "единственный", "старейший" и т.п.)"[\*(404)](#sub_99404). При этом акционерная компания по общему правилу имеет фирму не именную, а предметную. Название акционерного общества заимствуется или от предмета его деятельности или представляет специально придуманное наименование[\*(405)](#sub_99405).

А.П. Сергеев считает, что корпус фирмы содержит указание на организационно-правовую форму предприятия, его тип и предмет деятельности, а в некоторых случаях и на другие его характеристики. К корпусу фирмы добавляется вспомогательная часть, элементы которой подразделяются на обязательные и факультативные. Обязательным добавлением является специальное наименование предприятия, его номер или иное обозначение, необходимые для отличия одних предприятий от других. Другие добавления, например "универсальный", "специализированный", "центральный" и т.п., в том числе сокращенные наименования фирмы, относятся к числу факультативных и могут включаться в фирму по усмотрению ее владельца[\*(406)](#sub_99406).

Положением о фирме 1927 г. устанавливалась структура фирменного наименования без деления его на корпус и добавления, но с указанием на обязательные для включения в фирму элементы.

Так, фирма государственного предприятия должна была содержать указание предмета его деятельности, того государственного органа, в непосредственном ведении которого предприятие состоит, и вида предприятия (трест, синдикат, торг и т.п.). Фирма предприятия, принадлежащего кооперативной организации, должна была содержать указание предмета его деятельности и вида кооперативной организации (потребительской, промысловой, сельскохозяйственной и т.п.). Фирма предприятия, принадлежащего акционерному обществу (паевому товариществу) или товариществу с ограниченной ответственностью, должна содержать указание предмета деятельности предприятия и вида товарищества (акционерное общество", "паевое товарищество", "товарищество с ограниченной ответственностью" или сокращенно "акц. об-во", "т-во с о/о" и т.п.).

Действующее российское законодательство определяет правила построения фирменных наименований для отдельных видов коммерческих организаций также без деления их структуры на корпус и добавления.

Так, согласно п. 1 ст. 5 Федерального закона от 8 мая 1996 г. N 41-ФЗ "О производственных кооперативах"[\*(407)](#sub_99407) фирменное наименование кооператива должно содержать его наименование и слова "производственный кооператив" или "артель". В соответствии со ст. 4 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью"[\*(408)](#sub_99408) общество должно иметь полное и вправе иметь сокращенное фирменное наименование на русском языке. Общество вправе иметь также полное и (или) сокращенное фирменное наименование на языках народов РФ и (или) иностранных языках. Полное фирменное наименование общества с ограниченной ответственностью на русском языке должно содержать полное наименование общества и слова "с ограниченной ответственностью". Сокращенное фирменное наименование общества на русском языке должно содержать полное или сокращенное наименование общества и слова "с ограниченной ответственностью" или аббревиатуру ООО.

Аналогичные правила построения фирменного наименования определены в ст. 4 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. N 208-ФЗ "Об акционерных обществах"[\*(409)](#sub_99409). Согласно указанной статье полное фирменное наименование общества на русском языке должно содержать полное наименование общества и указание на тип общества (закрытое или открытое). Сокращенное фирменное наименование общества на русском языке должно содержать полное или сокращенное наименование общества и слова "закрытое акционерное общество" или "открытое акционерное общество" либо аббревиатуру ЗАО или ОАО. При этом фирменное наименование акционерного общества на русском языке не может содержать иные термины и аббревиатуры, отражающие его организационно-правовую форму, в том числе заимствованные из иностранных языков, если иное не предусмотрено федеральными законами и иными правовыми актами Российской Федерации.

Свою специфику имеют требования законодателя к фирменным наименованиям хозяйственных товариществ. Согласно п. 3. ст. 69 ГК РФ фирменное наименование полного товарищества должно содержать либо имена (наименования) всех его участников и слова "полное товарищество", либо имя (наименование) одного или нескольких участников с добавлением слов "и компания" и слова "полное товарищество". В соответствии с п. 4. ст. 82 ГК РФ фирменное наименование товарищества на вере должно содержать либо имена (наименования) всех полных товарищей и слова "товарищество на вере" или "коммандитное товарищество" либо имя (наименование) не менее чем одного полного товарища с добавлением слов "и компания" и слова "товарищество на вере" или "коммандитное товарищество".

Особенности структуры фирменных наименований государственных и муниципальных предприятий установлены в ст. 4 Закона об унитарных предприятиях. Согласно правилам указанной статьи унитарное предприятие должно иметь полное фирменное наименование и вправе иметь сокращенное фирменное наименование на русском языке. Унитарное предприятие вправе иметь также полное (или) сокращенное наименование на языках народов РФ и (или) иностранном языке. Полное фирменное наименование государственного или муниципального предприятия на русском языке должно содержать слова "федеральное государственное предприятие", "государственное предприятие" или "муниципальное предприятие" и указание на собственника его имущества - Российскую Федерацию, субъекта РФ или муниципальное образование. Полное фирменное наименование казенного предприятия на русском языке должно содержать слова "федеральное казенное предприятие", "казенное предприятие" или "муниципальное казенное предприятие" и указание на собственника его имущества - Российскую Федерацию, субъекта РФ или муниципальное образование. При этом фирменное наименование унитарного предприятия на русском языке не может содержать иные отражающие его организационно-правовую форму термины, в том числе заимствованные из иностранных языков, если иное не предусмотрено федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации.

Требования к содержанию фирменного наименования сельскохозяйственных и рыболовецких артелей установлены в п. 3 ст. 3 Федерального закона от 8 декабря 1995 г. N 193-ФЗ "О сельскохозяйственной кооперации"[\*(410)](#sub_99410). Согласно указанному пункту фирменное наименование сельскохозяйственной либо рыболовецкой артели (колхоза) должно содержать ее наименование и слова "сельскохозяйственная артель" или "колхоз" либо "рыболовецкая артель" или "рыболовецкий колхоз".

Требования к содержанию фирменного наименования кредитной организации определены в ст. 7 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. N 395-I "О банках и банковской деятельности"[\*(411)](#sub_99411) (далее - Закон о банках). В соответствии с указанной статьей кредитная организация имеет фирменное (полное официальное) наименование на русском языке. Фирменное наименование кредитной организации должно содержать указание на характер деятельности этого юридического лица посредством использования слов "банк" или "небанковская кредитная организация", а также указание на его организационно-правовую форму. При этом использование в наименовании кредитной организации слов "Россия", "Российская Федерация", "государственный", "федеральный" и "центральный", производных от них слов и словосочетаний допускается в порядке, устанавливаемом законодательными актами Российской Федерации.

Требования к содержанию фирменного наименования субъектов страхового дела - юридических лиц определены в п. 3 ст. 4.1 Закона РФ от 27 ноября 1992 г. N 4015-I "Об организации страхового дела в Российской Федерации"[\*(412)](#sub_99412). Согласно указанному пункту наименование (фирменное наименование) субъекта страхового дела - юридического лица должно содержать слова, указывающие на осуществляемый вид деятельности: "страхование", "перестрахование", "взаимное страхование", "страховой брокер" или производные от таких слов и словосочетаний.

В связи с тем что многие организации стремятся повысить свою значимость в глазах общественности и претендуют на общероссийский статус независимо от реальных масштабов своей деятельности и ее характера, они произвольно используют элементы государственной символики. Правительством РФ принято постановление от 7 декабря 1996 г. N 1463 об использовании в названиях организацией наименований "Россия" и "Российская Федерация" (с изм. от 26 июля 2004 г.)[\*(413)](#sub_99413). Пунктом 1 указанного постановления определено, что в названиях организаций (за исключением политических партий, профессиональных союзов, религиозных объединений, а также общественных объединений, имеющих статус общероссийских) наименования "Россия", "Российская Федерация", слово "федеральный" и образованные на их основе слова и словосочетания применяются в соответствии с актами Президента РФ и Правительства РФ.

Помимо ограничений в использовании некоторых слов и словосочетаний в составе названий организаций действующее законодательство РФ содержит запреты на употребление ряда слов и словосочетаний в наименованиях юридических лиц.

Так, согласно ст. 7 Закона о банках ни одно юридическое лицо в РФ, за исключением получившего от Банка России лицензию на осуществление банковских операций, не может использовать в своем наименовании слова "банк", "кредитная организация" или иным образом указывать на то, что данное юридическое лицо имеет право на осуществление банковских операций. Аналогичный запрет налагается нормами п. 8 ст. 5 Федерального закона от 30 ноября 1995 г. N 190-ФЗ "О финансово-промышленных группах"[\*(414)](#sub_99414) в отношении использования в наименовании любого юридического лица, кроме центральной компании финансово-промышленной группы слов "финансово-промышленная", ст. 5 Закона РФ от 20 февраля 1992 г. N 2383-I "О товарных биржах и биржевой торговле"[\*(415)](#sub_99415) в отношении использования в названиях организации не отвечающих требованиям, предъявляемым к товарным биржам, слов "биржа" или "товарная биржа", ст. 2 Федерального закона от 29 ноября 2001 г. N 156-ФЗ "Об инвестиционных фондах"[\*(416)](#sub_99416) в отношении использования иными юридическими лицами в своих наименованиях слов "акционерный инвестиционный фонд" или "инвестиционный фонд" в любых сочетаниях, ст. 2 Закона РФ от 7 июля 1993 г. N 5340-I "О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации"[\*(417)](#sub_99417) в отношении использования другими организациями в своих названиях словосочетаний "торгово-промышленная палата", "торговая палата" или "промышленная палата".

Анализ приведенных выше требований к содержанию фирменных наименований коммерческих организаций показывает, что обозначенные требования весьма бессистемны. Законодатель оперирует целым спектром понятий, не придерживаясь каких-либо общих правил построения фирменного наименования. Нормативное звучание обрели понятия "полное наименование юридического лица", "сокращенное наименование юридического лица", "полное фирменное наименование", "сокращенное фирменное наименование", "полное фирменное наименование на языках народов РФ", "сокращенное фирменное наименование на языках народов РФ", "полное фирменное наименование на иностранных языках", "сокращенное фирменное наименование на иностранных языках", "наименование на иностранном языке", "название организации". Такой подход запутывает участников гражданского оборота, создает дополнительные трудности и в конечном счете препятствует цивилизованному развитию рыночных отношений.

Одним из ключевых и в то же время неразрешенных должным образом вопросов, связанных с правовой охраной фирменных наименований, является вопрос об основаниях, а соответственно, и о моменте возникновения исключительного права на их использование.

Действующее законодательство подходит к разрешению указанного вопроса двояко. По смыслу абз. 2 п. 4 ст. 54 ГК РФ исключительное право на использование фирменного наименования возникает у юридического лица, являющегося коммерческой организацией, на основании регистрации такого наименования в установленном порядке. При этом порядок регистрации, а также порядок использования фирменных наименований определяется законом и иными правовыми актами в соответствии с правилами, установленными ГК РФ. В то же время согласно правилу ст. 8 Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. (Конвенция вступила в силу 7 июля 1884 г., ратифицирована СССР, вступила в силу для СССР 1 июля 1965 г.) обязательность применения которого закреплена в ст. 15 Конституции РФ, фирменное наименование должно охраняться во всех странах - участницах указанной конвенции без обязательной подачи заявки или регистрации и независимо от того, является ли оно частью товарного знака. Правило ст. 8 Парижской конвенции подтверждено формально не отмененным Положением о фирме от 22 июля 1927 г., в соответствии с которым право на фирму возникает с момента, когда фактически началось пользование фирмой, при условии соответствия ее установленным требованиям. При этом фирменное наименование не подлежит особой регистрации независимо от регистрации предприятия.

В юридической литературе указанная ситуация неоднократно подвергалась специальному рассмотрению, однако однозначных взглядов относительно оснований возникновения права на фирму специалистам выработать не удалось[\*(418)](#sub_99418).

Так, В.О. Калятин полагает, что "если иностранное юридическое лицо сможет доказать, что в другой стране Парижского союза оно (фирменное наименование. - Прим. авт.) тем или иным способом охраняется, то ему должна быть предоставлена охрана в Российской Федерации не только при отсутствии регистрации данного фирменного наименования в России, но даже в случаях, если оно вообще не было зарегистрировано ни в одной стране"[\*(419)](#sub_99419). Что касается российских юридических лиц, то, по мнению В.О. Калятина, "право на фирменное наименование возникает с момента регистрации соответствующего юридического лица"[\*(420)](#sub_99420).

А.П. Сергеев придерживается иной точки зрения и считает, что "в России возникновение права на фирму как у иностранных, так и у российских юридических лиц не может увязываться с фактом специальной регистрации фирменного наименования, как и вообще зависеть в своих признании и охране от подобной регистрации"[\*(421)](#sub_99421). Аналогичную позицию занимает и В.В. Орлова, считающая, что "для возникновения исключительного права факта регистрации также не требуется", а "внесение в государственный реестр юридических лиц фирменного наименования поможет юридическому лицу при возникновении коллизии доказать приоритет на фирменное наименование, использовав при этом дату регистрации юридического лица и соответственно "дату регистрации" фирменного наименования"[\*(422)](#sub_99422).

Расхождения в оценках специалистов по поводу оснований возникновения исключительного права на использование фирменного наименования обусловлены главным образом противоречивостью правового регулирования отношений в этой сфере, которая возникла вследствие введения в действие Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. N 2211-I[\*(423)](#sub_99423) (далее - Основы). До введения в действие Основ, т.е. до 3 августа 1992 г., правовая охрана фирменных наименований с объемом прав их обладателей, установленных как исключительные, осуществлялась на основании п. 8 Положения о фирме 1927 г. с момента фактического пользования фирмой в сделках, на вывесках, в объединениях, рекламе, на бланках, на счетах, на товарах, их упаковке и т.п. При этом, и данное обстоятельство следует подчеркнуть особо, существовала и регистрация фирменных наименований, не имевшая, правда, правоустанавливающего для обладателя фирмы значения. Указанная регистрация осуществлялась в соответствии с Положением "О торговой регистрации", утвержденным постановлением СНК СССР от 20 октября 1925 г.[\*(424)](#sub_99424)

Согласно п. 11 указанного положения в торговый реестр подлежали занесению: номер по реестру, дата регистрации, фирменное наименование юридического лица, время открытия операций регистрируемым лицом, предмет деятельности и т.п.

После введения в действие Основ в качестве основания возникновения исключительного права на использование фирменного наименования устанавливалась его регистрация, которая осуществлялась в силу прямого указания закона путем включения фирменного наименования в государственный реестр юридических лиц. Юридические лица подлежали государственной регистрации в органах юстиции, а данные о такой регистрации, в том числе фирменное наименование, включались в республиканские реестры и единый общесоюзный реестр юридических лиц, открытые для всеобщего ознакомления. При этом согласно п. 6 постановления Верховного Совета СССР от 31 мая 1991 г. N 2212-I "О введении в действие Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик"[\*(425)](#sub_99425) юридические лица, государственная регистрация которых была осуществлена до 1 января 1992 г., подлежали перерегистрации. Как подлежащие перерегистрации, так и вновь создаваемые юридические лица были обязаны представлять в регистрирующие органы свои учредительные документы, несоответствие которых требованиям действующего законодательства являлось основанием для отказа в государственной регистрации.

Аналогичным образом решался вопрос о регистрации фирменных наименований и в законодательстве о предпринимательской деятельности, в частности в Законе СССР от 4 июня 1990 г. N 1529-I "О предприятиях в СССР"[\*(426)](#sub_99426) и Законе РСФСР от 25 декабря 1990 г. N 445-I "О предприятиях и предпринимательской деятельности"[\*(427)](#sub_99427). Так, согласно ст. 6 Закона СССР "О предприятиях в СССР" государственная регистрация предприятия осуществлялась в исполнительном комитете районного, городского, районного в городе Совета народных депутатов по месту нахождения предприятия, а согласно ст. 34 Закона РСФСР "О предприятиях и предпринимательской деятельности" районным, городским, районным в городе Советом народных депутатов по месту учреждения предприятия. Государственные реестры велись соответственно Министерством финансов СССР и Министерством финансов РСФСР.

Таким образом, в начале 90-х гг. прошлого столетия, на первых этапах экономических преобразований и радикального пересмотра законодательства о предпринимательской деятельности, регистрация фирменных наименований вне процедуры государственной регистрации или перерегистрации юридических лиц, в том числе предприятий, не вводилась. Основание же возникновения исключительного права на использование фирменного наименования было заменено с фактического пользования фирмой на ее включение в государственный реестр юридических лиц. При этом вопрос об основаниях возникновения исключительного права на использование фирменного наименования иностранными юридическими лицами, их филиалами и представительствами, действующими на территории РФ без регистрации фирмы, оставался открытым.

С введением в действие в 1994 г. гл. 4 ГК РФ требования законодателя к наличию специальной регистрации фирменных наименований как основанию возникновения исключительного права на их использование проявились по сравнению с нормой ст. 149 Основ в более жесткой форме посредством отказа от способа регистрации фирмы путем включения ее в государственный реестр юридических лиц и указания на специальный порядок регистрации фирменных наименований, который должен быть определен de lege ferenda (т.е. "согласно будущему закону"). Такого порядка в настоящее время не существует. На практике используется схема опосредованной фиксации фирменных наименований в процессе государственной регистрации юридических лиц, т.е. по существу действует отмененная модель регистрации фирменных наименований, закрепленная в свое время ст. 149 Основ. Об этом свидетельствуют, в частности, правила ст. 1, 5, 11 Федерального закона от 8 августа 2001 г. N 129-ФЗ "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей"[\*(428)](#sub_99428) (далее - Закон о госрегистрации юрлиц) и постановление Правительства РФ от 19 июня 2002 г. N 439 об утверждении форм и требований к оформлению документов, используемых при государственной регистрации юридических лиц, а также физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей[\*(429)](#sub_99429). Действующая система внесения соответствующих записей о фирменном наименовании в Единый государственный реестр юридических лиц представляет собой сугубо формальную процедуру, своего рода техническую операцию, которая не предусматривает правовую экспертизу предложенного заявителем наименования, т.е. его проверку на соответствие требованиям действующего законодательства.

Впрочем, такая проверка, равно как и специальная регистрация фирменных наименований, не может быть установлена законодательством о государственной регистрации юридических лиц, ибо оно не призвано регулировать отношения, складывающиеся в связи с регистрацией фирменных наименований. В Единый государственный реестр юридических лиц согласно п. 1 ст. 5 Закона о госрегистации юрлиц вносится не запись о регистрации фирменного наименования, а сведения о фирменном наименовании для коммерческих организаций. Указанная норма продублирована в приложении 2 Правил ведения Единого государственного реестра юридических лиц, утвержденных постановлением Правительства РФ от 19 июня 2002 г. N 438 о едином государственном реестре юридических лиц[\*(430)](#sub_99430). Кстати говоря, сведения о полном и сокращенном наименовании юридического лица, в том числе фирменном наименовании для коммерческих организаций на русском языке, подлежат включению (а не регистрации) не только в Единый государственный реестр юридических лиц, но и в Единый государственный реестр налогоплательщиков, правила ведения которого определены постановлением Правительства РФ от 26 февраля 2004 г. N 110 о совершенствовании процедур государственной регистрации и постановки на учет юридических лиц и индивидуальных предпринимателей[\*(431)](#sub_99431).

Интересно отметить, что судебная практика автоматически восприняла регистрацию юридических лиц как одновременную регистрацию и их фирменных наименований, используя при этом, например, следующую формулу: "Фирменные наименования и истца, и ответчика зарегистрированы в соответствии с действующим порядком государственной регистрации юридических лиц"[\*(432)](#sub_99432).

Таким образом, правило, сформулированное в абз. 2 п. 4 ст. 54 ГК РФ и требующее регистрации фирменного наименования в качестве основания возникновения исключительного права на его использование, не может подменяться технической операцией внесения сведений о юридическом лице в тот либо иной государственный реестр, поскольку в последнем случае отсутствует самостоятельный акт регистрации, требуемый по закону.

Избрав регистрационную схему признания фирменного наименования как условие возникновения исключительного права и не реализовав ее должным образом, законодатель тем самым поставил под сомнение не только наличие исключительного права на использование фирменных наименований у коммерческих организаций, прошедших процедуру государственной регистрации юридических лиц, начиная с 8 декабря 1994 г., т.е. с даты введения в действие ч. 1 ГК РФ, но и соответствие нормы абз. 2 п. 4 ст. 54 ГК РФ международным обязательствам РФ.

Сложилась достаточно запутанная и противоречивая ситуация. С одной стороны, требуемая по смыслу ст. 54 ГК РФ регистрация фирменных наименований противоестественна по причине существования соответствующих международных обязательств РФ, а с другой, такой регистрации и не проводится, что влечет за собой отсутствие исключительного права на использование фирменных наименований у зарегистрированных или перерегистрированных после 8 декабря 1994 г. коммерческих организаций.

Представляется, что наиболее верным правовым решением будет отказ от провозглашенной, но не реализованной регистрационной модели признания исключительного права на фирму и возвращение в правовое поле, границы которого очерчены международными обязательствами РФ, в частности, принятыми в результате присоединения к Парижской конвенции по охране промышленной собственности. Правила ст. 8 указанной конвенции, безусловно, подлежат приоритетному применению к отношениям, связанным с основаниями возникновения правовой охраны фирменных наименований в РФ. Это следует не только из нормы, провозглашенной в ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, но и из правила абз. 2 п. 2 ст. 7 ГК РФ. Согласно указанному правилу, если международным договором РФ установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены гражданским законодательством, принимаются правила международного договора. Таким образом, фирменное наименование коммерческой организации, как российской, так и иностранной, должно охраняться и использоваться в России без специальной его регистрации, которой придается правоустанавливающее значение.

Подводя итог рассмотрения заявленной проблематики, следует отметить, что нормы действующего законодательства о фирменном наименовании требуют как упорядочения, так и пересмотра. Это может быть достигнуто путем принятия нормативного акта о фирменном наименовании в ранге специального федерального закона, где должны получить закрепление:

- принципы построения фирмы, следование которым делает ее способной к индивидуализации коммерческих организаций;

- единые требования к структуре фирменного наименования;

- основания возникновения исключительного права на фирменное наименование, не связанное со специальной процедурой его регистрации.

# Реализация принципов корпоративного управления в российском акционерном законодательстве (Макарова О.А.)

# Понятие корпоративного управления

На сегодня отсутствует какое-либо единое определение понятия "корпоративное управление". В теоретическом плане о корпоративном управлении можно говорить в различных аспектах, поэтому дефиниций этого понятия может быть множество.

Управлять - значит "руководить, направлять деятельность, действия кого-чего-нибудь; направлять ход, движение кого-чего-нибудь"[\*(433)](#sub_99433). В "Советском энциклопедическом словаре" управление рассматривается как "элемент, функция организованных систем различной природы (биологических, социальных, технических), обеспечивающая сохранение их определенной структуры, поддержание режима деятельности, реализацию их программ и целей. Социальное управление - воздействие на общество с целью его упорядочения, сохранения качественной специфики, совершенствования и развития. Различают стихийное управление, воздействие которого на систему - результат перекрещивания различных сил, массы случайных единичных актов и сознательное управление, осуществляемое общественными институтами и организациями (государством и др.)"[\*(434)](#sub_99434).

Корпоративное управление - разновидность социального управления. Корпорация представляет собой определенную организованную систему, элементом которой выступает управление. Его суть - воздействие на корпорацию как систему общественных отношений (организованную систему) с целью их упорядочения, сохранения их специфики.

Корпоративное управление является сознательным управлением, которое осуществляется специально формируемыми в корпорации органами. Более того, органы корпорации образуются в порядке, определенном законодательством, и законодательство определяет разграничение компетенции между этими органами. Поэтому корпоративное управление - это прежде всего управление, осуществляемое на основании закона и принятых в соответствии с законом внутренних документов корпорации.

Таким образом, в узком смысле корпоративное управление - управление корпорацией - это воздействие на корпорацию как организованную систему, осуществляемое специально образованными органами, действующими в пределах своей компетенции.

В соответствии со ст. 53 ГК РФ "юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя обязанности через свои органы, действующие в соответствии с законом и иными правовыми актами, а также учредительными документами". Органы юридического лица формируют и выражают его волю, руководят его деятельностью.

Органы юридического лица - органы управления. Так, Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. N 208-ФЗ "Об акционерных обществах"[\*(435)](#sub_99435) (далее - Закон об АО) предусматривает, что устав общества должен содержать структуру и компетенцию органов управления акционерным обществом, порядок принятия ими решений.

В широком смысле корпоративное управление - это взаимоотношения внутри корпорации и ее взаимоотношения с внешним миром, т.е. система отношений между органами управления и владельцами ценных бумаг корпорации (акционерами, владельцами облигаций и иных ценных бумаг), между корпорацией и государственными органами, а также другими заинтересованными лицами, так или иначе вовлеченными в управление эмитента (общества) как юридического лица.

Суть корпоративного управления в широком смысле - это процесс поиска баланса между интересами различных участников корпорации: акционеров и менеджмента, отдельных групп лиц и корпорации в целом путем реализации участниками корпорации определенных стандартов поведения (этических, процедурных), принятых в деловом сообществе.

Как пишет А. Осиновский, участников, входящих в систему корпоративных отношений, можно разделить на две большие группы: само акционерное общество и акционеры этого общества[\*(436)](#sub_99436). В состав этих групп входят:

- менеджмент корпорации (эмитента);

- крупные акционеры (мажоритарные);

- миноритарные акционеры (владеющие незначительным количеством акций);

- владельцы иных ценных бумаг эмитента;

- кредиторы и партнеры, не являющиеся владельцами ценных бумаг эмитента;

- федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов РФ, а также органы местного самоуправления.

Взаимодействие этих групп порождает основные конфликты в сфере корпоративного управления, которые ведут к нарушению прав и интересов каждой из них. Кроме того, необходимо учитывать, что акционерами могут быть как физические, так и юридические лица, что усложняет систему корпоративных отношений, делает ее достаточно сложной, с множеством различных связей между элементами этой системы.

Различные участники корпорации имеют свои различные интересы. Различие в интересах участников в рамках одного хозяйственного общества еще не является конфликтом. Но, как только носители различных интересов предпринимают те или действия, направленные на реализацию их интересов, на достижение целей, отличных от целей других участников корпоративных отношений, возникает конфликт, т.е. столкновение, разногласие, противоборство сторон.

Конфликт интересов в корпорации связан прежде всего с отделением собственности от управления. Менеджеры в корпорациях далеко не всегда являются их собственниками. Интересы менеджеров заключаются в сохранении прочности своего положения, а их усилия сконцентрированы на оперативной деятельности корпорации. Несовпадение интересов менеджеров и собственников акций, крупных и мелких акционеров, менеджеров и органов государства - основная проблема в корпоративных отношениях.

Корпоративное управление - это комплекс мер, осуществляемых как зарубежными, так и российскими компаниями для защиты интересов собственников и в конечном итоге для повышения стоимости компании и привлечения инвестиций[\*(437)](#sub_99437).

Если на Западе корпоративные конфликты в основном выражаются в противоречии интересов менеджеров и акционеров, то в России часто наблюдается ущемление прав миноритарных акционеров со стороны мажоритарных. Наиболее распространенными нарушениями являются:

- перенос финансового бремени прежних компаний на миноритариев в ходе реорганизации и перевода прибыльного бизнеса в новые компании;

- вывод активов в аффилированные компании без учета мнения миноритарных акционеров;

- нарушение права акционеров на участие в управлении компанией, в том числе на участие в общем собрании;

- размещение акций путем закрытой подписки "дружественным структурам" по номинальной цене ("размывание" капитала) и т.д.

Вместе с тем, увлекшись борьбой за права мелких акционеров, законодатель не заметил, что в балансе корпоративных отношений произошел крен в другую сторону. Сегодня от миноритариев необходимо защищать само общество, деятельность которого может быть легко парализована исками мелких акционеров.

Таким образом, в управлении корпоративными отношениями должен быть найден определенный баланс интересов мажоритарных и миноритарных акционеров, самого общества и государства. Такое воздействие на корпоративные отношения, которое обеспечивает баланс интересов различных участников этих отношений, минимизирует конфликты их интересов, обеспечивает устойчивое существование корпоративных отношений, и их поступательное развитие является корпоративным управлением. Поэтому в самом широком понимании корпоративное управление включает вообще все отношения, так или иначе влияющие на положение акционеров и поведение самого акционерного общества. В таком широком понимании корпоративное управление тождественно корпоративному поведению, т.е. взаимодействию участников корпоративных отношений между собой и внешним миром - деловым сообществом, местным населением, государственными органами.

Принципы корпоративного управления - это исходные начала, лежащие в основе формирования, функционирования и совершенствования системы корпоративного управления общества.

Основные принципы корпоративного управления были изложены в документе "Принципы корпоративного управления" Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), подписанном министрами на заседании Совета ОЭСР на уровне министров 26-27 мая 1999 г. Принципы корпоративного управления ОЭСР носят рекомендательный характер и могут использоваться правительствами в качестве отправной точки для оценки и совершенствования действующего законодательства, а также самими корпорациями для выработки систем корпоративного управления и лучшей практики. В соответствии с Принципами структура корпоративного управления компании должна обеспечивать:

- защиту прав акционеров;

- равное отношение к акционерам;

- признание предусмотренных законом прав заинтересованных лиц;

- своевременное и точное раскрытие информации по всем существенным вопросам, касающимся корпорации;

- эффективный контроль администрации со стороны правления (наблюдательного совета), а также подотчетность правления акционерам.

Принципы корпоративного управления ОЭСР послужили основой при создании российского Кодекса корпоративного поведения, закрепившего следующие принципы корпоративного поведения.

Во-первых, акционеры должны иметь реальную возможность осуществлять свои права, связанные с участием в обществе, и иметь возможность получать эффективную защиту в случае нарушения их прав. Иными словами, система корпоративного управления должна защищать права акционеров.

Во-вторых, система управления акционерного общества (далее - АО) должна быть такова, чтобы его совет директоров, с одной стороны, мог осуществлять стратегическое управление деятельностью АО и эффективно контролировать деятельность исполнительных органов, а с другой стороны, был подотчетен акционерам общества.

В-третьих, исполнительные органы должны разумно, добросовестно, исключительно в интересах общества осуществлять эффективное руководство текущей деятельностью общества, будучи подотчетными совету директоров и акционерам общества.

В-четвертых, при осуществлении управления обществом должно обеспечиваться своевременное раскрытие полной и достоверной информации об обществе, доступной для акционеров общества и инвесторов[\*(438)](#sub_99438).

Как названные принципы отражаются в российском акционерном законодательстве? Закон об АО предусматривает прежде всего, меры судебной защиты прав акционеров: акционеры вправе оспаривать в судебном порядке решения общего собрания, совета директоров (наблюдательного совета) либо исполнительного органа АО (единоличного или коллегиального).

В соответствии со ст. 49 данного закона акционер вправе обжаловать в суд решение общего собрания. Если в европейском акционерном законодательстве это право акционера имеет безусловный характер, то по российскому закону право акционера на защиту реализуется при наличии следующей совокупности условий.

Во-первых, акционер вправе обжаловать решение общего собрания, если оно было принято с нарушением требований закона, иных правовых актов Российской Федерации, устава АО. К нарушениям закона, которые могут служить основанием для удовлетворения иска акционера о признании решения общего собрания акционеров недействительным, относятся, в частности:

- несвоевременное извещение (неизвещение) акционера о дате проведения общего собрания;

- непредоставление возможности ознакомиться с необходимой информацией (материалами) по вопросам повестки дня общего собрания;

- несвоевременное предоставление бюллетеней для голосовании при заочном его проведении и др.[\*(439)](#sub_99439)

Во-вторых, акционер имеет право обжаловать в суд решение общего собрания акционеров, если он не принимал участия в общем собрании или голосовал против принятия решения и, в-третьих, если указанным решением нарушены его права и законные интересы.

Судебно-арбитражная практика показывает, что при рассмотрении дел о признании недействительным решения общего собрания акционеров арбитражный суд оценивает в совокупности: характер допущенного акционерным обществом нарушения закона, возможность акционера повлиять на результаты голосования, если бы он голосовал за данное решение, а также устанавливает, нарушены ли таким решением общего собрания акционеров права и законные интересы акционера-истца.

Таким образом, с одной стороны, любой акционер - в том числе миноритарный - имеет право обратиться в суд с иском о признании недействительным решения общего собрания акционеров при наличии перечисленной выше совокупности оснований.

С другой стороны, "суд вправе с учетом всех обстоятельств дела оставить в силе обжалуемое решение, если голосование данного акционера не могло повлиять на результаты голосования, допущенные нарушения не являются существенными и решение не повлекло причинение убытков данному акционеру" (ст. 49 Закона об АО). Для отказа в иске о признании решения общего собрания недействительным по указанным основаниям необходима совокупность перечисленных обстоятельств.

Как правило, на результаты голосования не влияет голосование миноритарных акционеров. Поэтому их шансы признать решение общего собрания акционеров недействительным невелики.

Понятие существенные нарушения закона, иных правовых актов или устава акционерного общества является оценочным. Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 ноября 2003 г. N 19 "О некоторых вопросах применения Федерального закона "Об акционерных обществах" перечислил только некоторые нарушения закона, которые могут служить основанием для удовлетворения иска акционера о признании решения общего собрания акционеров недействительным. Вместе с тем такие нарушения не названы Пленумом ВАС РФ в качестве существенных.

Судебно-арбитражная практика свидетельствует о том, что арбитражные суды не обосновывают, почему то или иное нарушение закона или устава АО является существенным. Поэтому вопрос о том, какие нарушения закона, иных правовых актов и устава общества являются существенными, остается сегодня открытым. Думается, что нарушения закона или устава АО нельзя делить на существенные и несущественные, грубые или негрубые, поскольку нарушение закона всегда есть нарушение.

Наконец, доказать причинение убытков акционеру, которое повлекло принятие данного решения, довольно сложно, а иногда - и невозможно. Следует обратить внимание и на то, что акционер вправе обжаловать в суде решение общего собрания, если указанным решением нарушены его права и законные интересы. Суд же вправе оставить обжалуемое решение в силе при наличии совокупности указанных в законе обстоятельств, в том числе если решение общего собрания не повлекло причинения убытков данному акционеру. Вместе с тем любое нарушение прав и законных интересов акционера влечет причинение убытков акционеру.

Акционер вправе обжаловать решение совета директоров (наблюдательного совета) либо исполнительного органа акционерного общества (единоличного или коллегиального) в судебном порядке путем предъявления иска о признании его недействительным как в случае, когда возможность оспаривания предусмотрена в Законе об АО (ст. 53, 55 и др.), так и при отсутствии соответствующего указания, если принятое решение не отвечает требованиям закона и иных нормативных правовых актов и нарушает права и охраняемые законом интересы акционера. Ответчиком по такому делу является акционерное общество[\*(440)](#sub_99440).

Вместе с тем необходимо иметь в виду следующее. В соответствии со ст. 53 Закона об АО право вносить вопросы в повестку дня годового общего собрания акционеров и выдвигать кандидатов в органы общества имеют акционеры, являющиеся в совокупности владельцами не менее чем 2% голосующих акций общества. Поэтому оспаривать в суде решение совета директоров об отказе во включении вопроса в повестку дня общего собрания или кандидата в список кандидатур для голосования по выборам в соответствующий орган общества, а также уклонение совета директоров от принятия решения могут только акционеры - владельцы не менее чем 2% голосующих акций.

Решение совета директоров общества об отказе в созыве внеочередного общего собрания акционеров может быть оспорено в суде акционером (акционерами), являющимися владельцами не менее чем 10% голосующих акций общества на дату предъявления требования о созыве внеочередного общего собрания акционеров.

Вопрос об ответственности управляющих акционерного общества является достаточно сложным и лежит в плоскости отношений между управляющими и корпорацией. Согласно западноевропейской доктрине отношения директоров (имея в виду и исполнительные органы, и совет директоров) и корпорации характеризуются как fiduciary duty и отличаются особым доверительным характером отношений между ними и обществом. Фидуциарный характер отношений обусловливает необходимость нахождения баланса между управленческим усмотрением и ответственностью менеджеров корпорации.

В соответствии с западной доктриной управляющие корпорацией имеют по отношению к ней две обязанности: должной заботливости (the duty of care) и лояльности (the duty of loyalty). Это проявляется в том, что менеджеры при исполнении своих обязанностей должны проявлять соответствующую осмотрительность (осторожность), избегать конфликтов интересов между ними и обществом и не использовать возможности корпорации в своих собственных интересах.

Статья 71 Закона об АО предусматривает, что члены совета директоров и исполнительные органы общества "при осуществлении своих прав и обязанностей должны действовать в интересах общества, осуществлять свои права и исполнять обязанности в отношении общества добросовестно и разумно".

Единоличный исполнительный орган общества, члены коллегиального исполнительного органа, управляющая организация (управляющий) несут ответственность перед обществом за убытки, причиненные обществу их виновными действиями (бездействием), если иные основания и размер ответственности не установлены законами. Так, управляющая компания (управляющий), являясь коммерсантом, несет ответственность за причиненные убытки независимо от вины, если иные основания ответственности не будут установлены договором.

Общество или акционер (акционеры), владеющие в совокупности не менее чем 1% размещенных обыкновенных акций АО, вправе обратиться в суд с иском к указанным лицам о возмещении убытков, причиненных обществу в том случае, если управляющие (менеджеры) не проявили должной степени добросовестности и разумности в отношении к обществу.

Однако предъявление исков к членам совета директоров и исполнительным органам общества не нашло должного отражения в судебной практике[\*(441)](#sub_99441).

Довольно скептически относятся к ответственности менеджеров и в отечественной науке корпоративного права. "Слабая эффективность тех мер воздействия, которые сводятся к личной ответственности руководителя (и в общем базируются на норме п. 3 ст. 53 ГК РФ), состоит в том, что в этих случаях реальное возмещение убытков обычно невозможно, а потому остается говорить лишь о превентивном, а не восстановительном характере этой ответственности"[\*(442)](#sub_99442).

Иск акционера (или нескольких акционеров) против менеджеров АО должен именоваться, по мнению некоторых специалистов, косвенным (производным) иском. Он является правовым средством воздействия отдельного акционера (группы акционеров) на его должностных лиц (менеджеров, управляющих). Одновременно этот иск может рассматриваться как иск, которым акционер защищает интересы акционерного общества и, как следствие, косвенно свои интересы. Вместе с тем не исключена возможность того, что акционер предъявит такой иск исключительно в собственных интересах, не обращая внимания на интересы других акционеров общества[\*(443)](#sub_99443).

Акционеры также вправе предъявлять иски о признании недействительными сделок по основаниям, предусмотренным ст. 173 ГК РФ. По иску акционера может быть признана недействительной крупная сделка, а также сделка, в совершении которой имеется заинтересованность, если они совершены с нарушением требований по порядку их одобрения.

Иски акционеров о признании недействительными сделок, заключенных акционерными обществами, могут быть удовлетворены в случае предоставления доказательств, подтверждающих нарушение прав и законных интересов акционеров.

Таким образом, на наш взгляд, принцип защиты прав акционеров реализуется в российском акционерном законодательстве не всегда последовательно. С одной стороны, закон закрепляет право акционеров на судебную защиту, с другой стороны, обставляет это право целым рядом условий, защищая тем самым уже не акционеров, а само акционерное общество от акционеров. В целях более полной реализации принципа защиты прав акционеров необходимо законодательно предусмотреть не только судебный, но и внесудебный порядок разрешения корпоративных споров. В этом определенную роль должен играть комитет совета директоров по разрешению корпоративных конфликтов.

Совет директоров АО является органом, который осуществляет стратегическое управление деятельностью общества и контролирует деятельность его исполнительных органов.

Российский акционерный закон регулирует лишь количественный состав совета директоров, определяя, что он не может быть менее чем пять членов. Закон предусматривает, что членом совета директоров может быть только физическое лицо, в том числе не акционер общества. Наконец, закон определяет количественный состав исполнительных директоров в совете директоров.

Для учета мнения всех акционеров общества, и прежде всего миноритарных, закон устанавливает выборы членов совета директоров путем кумулятивного голосования.

Такое голосование позволяет миноритарным акционерам проводить своих кандидатов в совет директоров. Интересы таких акционеров защищаются еще и тем, что при избрании совета директоров кумулятивным голосованием не может ставиться вопрос о досрочном прекращении полномочий отдельных его членов: совет директоров, избранный таким способом, уходит в отставку только всем составом.

При избрании членов совета директоров кумулятивным голосованием также учитываются дробные акции. Дробные голоса не подлежат дальнейшему дроблению и могут быть поданы только за одного кандидата[\*(444)](#sub_99444).

Нормы, касающиеся состава совета директоров, а именно наличие в нем неисполнительных и независимых директоров, комитетов совета директоров, пока законодательно не закреплены и носят рекомендательный характер[\*(445)](#sub_99445). Думается, что эти нормы следовало бы включить в Закон об АО.

Решение совета директоров может быть обжаловано в суде по иску самого члена совета директоров при наличии следующих условий, предусмотренных п. 5 ст. 68 Закона об АО. Во-первых, если член совета, обращающийся в суд с таким иском, не участвовал в голосовании или голосовал против решения, принятого советом директоров; во-вторых, если решение совета директоров принималось в нарушение порядка, установленного Законом об АО, иными правовыми актами России, уставом общества. В-третьих, если принятым решением нарушены права и законные интересы члена совета директоров.

Согласно теории корпоративного управления директора действуют в интересах общества и его акционеров. Поэтому весьма трудно согласиться с последним условием для обращения члена совета директоров в суд для обжалования такого решения. Речь может идти о том, что принятым решением нарушены права и интересы акционеров либо самого общества. Член совета директоров, голосовавший против такого решения, может обжаловать его в суд именно потому, что оно противоречит интересам общества и нарушает права и законные интересы акционеров, а не самого члена совета директоров.

Заявление об обжаловании такого решения совета директоров может быть подано в суд в течение одного месяца со дня, когда член совета директоров общества узнал или должен был узнать о принятом решении.

Право акционеров на получение полной и достоверной информации о деятельности общества реализуется следующими способами.

Во-первых, в случае публичного раскрытия информации в соответствии с требованиями законодательства.

В-вторых, когда общество предоставляет информацию акционерам независимо от их желания, например, общество обязано в порядке ст. 52 Закона об АО предоставить информацию (материалы) лицам, имеющим право на участие в общем собрании акционеров.

В-третьих, при предоставлении акционеру права получить соответствующую информацию по своему желанию. В этом случае акционер должен обратиться в общество с заявлением о предоставлении ему документов общества.

Право акционера на информацию означает, что акционер имеет право знать о том, какие документы из определенных законом имеются у общества, и получать к ним доступ.

Общество обязано обеспечить акционерам доступ к документам, перечисленным в п. 1 ст. 89 Закона об АО, за исключением документов бухгалтерского учета и протоколов заседаний коллегиального исполнительного органа акционерного общества, право доступа к которым имеют акционеры, обладающие в совокупности не менее 25% голосующих акций общества.

По требованию акционера общество обязано предоставить ему за плату копии таких документов, как устав общества, изменения и дополнения к нему, свидетельство о государственной регистрации АО, внутренние документы общества, положения о филиале и представительстве, проспект эмиссии акций, протоколы общих собраний акционеров, заседаний совета директоров, списки аффилированных лиц, заключения ревизионной комиссии (ревизора), аудитора и др., предусмотренные п. 1 ст. 89 Закона об АО.

Предусмотренные в данной статье документы должны быть предоставлены обществом в течение семи дней со дня предъявления соответствующего требования для ознакомления в помещении исполнительного органа общества (п. 1 ст. 91 Закона об АО).

Таким образом, акционер имеет право изучить предоставленные ему по его заявлению документы; имеет право получить копии документов. При этом плата, взимаемая обществом за предоставление данных копий, не может превышать затрат на их изготовление.

Обеспечение доступа к информации, которую общество обязано хранить и предоставлять акционерам в соответствии с законодательством, обычно возлагается на корпоративного секретаря общества.

Анализ норм действующего акционерного законодательства показывает, что в целом оно закрепляет основные принципы корпоративного управления и является основополагающей базой для их реализации в акционерных обществах. Вместе с тем эти принципы не всегда последовательно отражаются в законодательстве. Именно в этом направлении оно и должно совершенствоваться.

# Антикризисное управление и предупреждение банкротства (Анохин В.С.)

# Понятие и сущность антикризисного управления

Кризисное состояние отдельных предприятий в условиях рынка естественно: не все оказываются способными выдержать конкуренцию. Например, в Японии ежемесячно около трех тысяч малых и средних предприятий прекращают свою деятельность на рынке. Примерно столько же появляется новых. В России около четырех пятых всех предприятий по существующим меркам давно следует считать банкротами. К сожалению, среди них много крупных, социально значимых и стратегически важных.

Как показывает практика, основными причинами рыночной несостоятельности являются грубейшие просчеты руководителей, низкий уровень управления (менеджмента), а также в ряде случаев стремление некоторых из них к личному обогащению за счет труда всего коллектива работников, эксплуатации чужого имущества, собственности. Используемая в нашей стране процедура банкротства коммерческой организации призвана способствовать приходу новых собственников, новых управляющих (менеджеров), способных обеспечить эффективную деятельность предприятия в условиях рыночной экономики отношений при соблюдении действующего законодательства.

В условиях рыночных отношений, пришедших на смену планово-административным, главное - изменение сущности и стиля руководства предпринимательскими структурами, основная цель которых - добиться получения наибольшей прибыли не руководителем, а собственниками, нанявшими руководителя, при нормальном функционировании в соответствии с требованиями рынка.

Важно точно определить и саму концепцию антикризисного управления. Эту экономическую категорию определяют по-разному.

Большинство авторов полагают, что антикризисные меры, меры по недопущению банкротства следует принимать, когда финансовые результаты предприятия становятся неудовлетворительными. По другому мнению, с которым следует согласиться, главное в антикризисном управлении - обеспечение условий, при которых финансовые затруднения не смогут иметь постоянный, стабильный характер[\*(446)](#sub_99446). Такой подход позволяет предупредить создание кризисной ситуации на предприятии и устранить причины банкротства до того, как они приобретут необратимый характер.

В каждом конкретном случае должна разрабатываться своя концепция, программа антикризисного управления, учитывающая все условия и особенности внешней и внутренней хозяйственной системы, исходя из следующего:

- главной целью антикризисного управления является обеспечение прочного положения на рынке и стабильной устойчивости финансовых компаний при любых экономических, политических и социальных метаморфозах в стране. Следовательно, оно должно быть способно решать самые разноплановые и разносторонние задачи;

- в его рамках применяются, как правило, такие управленческие инструменты, которые в специфических российских условиях оказались наиболее эффективными в решении всех текущих задач предприятия, а не только в устранении временных финансовых затруднений;

- суть антикризисного управления - быстрая и действенная реакция на существенные изменения внешней среды за счет использования заранее разработанного набора альтернативных вариантов управленческих решений, предусматривающих различные действия в зависимости от ситуации;

- в основе антикризисного управления лежит процесс постоянных и последовательных нововведений во всех звеньях и областях функционирования предприятия;

- антикризисное управление нацелено на то, чтобы даже в самой сложной хозяйственной ситуации, в которой может оказаться предприятие, можно было ввести в действие управленческие и финансовые механизмы, которые позволят выйти из трудной ситуации с наименьшими потерями[\*(447)](#sub_99447).

Таким образом, под антикризисным управлением следует понимать такую систему управления предприятием, которая имеет комплексный характер и направлена на предотвращение или устранение неблагоприятных для бизнеса явлений посредством использования всего потенциала современного менеджмента, разработки и реализации на предприятии социальной программы, имеющей стратегический характер, позволяющей устранить временные затруднения, опираясь на собственные ресурсы.

Основными направлениями государственного антикризисного регулирования являются:

1) совершенствование законодательной базы о несостоятельности (банкротстве) предприятий;

2) осуществление мер по оздоровлению жизнеспособных предприятий, включая оказание государственной поддержки неплатежеспособным предприятиям и привлечение инвесторов, участвующих в оздоровлении этих предприятий;

3) принятие Правительством РФ мер, направленных на преодоление кризиса неплатежей;

4) добровольная ликвидация предприятий-должников;

5) создание института арбитражных и конкурсных управляющих[\*(448)](#sub_99448).

Из изложенного следует вывод о том, что антикризисное управление - явление экономическое, а не юридическое. Осуществлять его должны высокопрофессиональные управленцы - экономисты, антикризисные управляющие, менеджеры. Однако речь должна идти не об арбитражных управляющих (временных, внешних, конкурсных), осуществляющих процедуру банкротства под руководством и контролем арбитражного суда, а именно о специалистах-управляющих, действующих до возбуждения в арбитражном суде дела о банкротстве.

Если учесть, что в арбитражном суде, как и вообще в суде, разрешаются споры по защите прав и законных интересов участников судебного процесса, то процедуру антикризисного управления нельзя считать процедурой судебной. Однако на практике мы имеем совершенно противоположный факт: процедура банкротства пока не стала эффективным средством восстановления и сохранения производственного потенциала, в основном она используется для передела собственности в судебном порядке.

# Правовые основы несостоятельности (банкротства)

Вопросы несостоятельности (банкротства) организаций и граждан в Российской Федерации регулируются нормами Гражданского кодекса Российской Федерации (общие) и нормами специального законодательства: Федеральным законом от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)"[\*(449)](#sub_99449) (далее - Закон о банкротстве 2002 г.), Федеральным законом от 25 февраля 1999 г. N 40-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций"[\*(450)](#sub_99450) (далее - Закон о банкротстве кредитных организаций), Федеральным законом от 24 июня 1999 г. N 122-ФЗ "Об особенностях несостоятельности (банкротства) субъектов естественных монополий топливно-энергетического комплекса"[\*(451)](#sub_99451) и другими нормативными правовыми актами.

Несостоятельности (банкротству) индивидуального предпринимателя посвящена ст. 25 ГК РФ, несостоятельности (банкротству) юридического лица - ст. 65 ГК РФ. Некоторые положения, регулирующие процедуру несостоятельности (банкротства), помещены в ст. 56 и 105 ГК РФ - о субсидиарной ответственности лиц, которые имеют право давать обязательные для должника указания либо иным образом определять его действия, об ответственности за доведение должника до банкротства и др.

Однако основания и порядок признания судом юридического лица или индивидуального предпринимателя банкротом устанавливаются Законом о несостоятельности (банкротстве).

С 3 декабря 2002 г. действует новый, третий Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)" от 26 октября 2002 г. Первый Закон РФ N 3929-I "О несостоятельности (банкротстве) предприятий"[\*(452)](#sub_99452) был принят Верховным Советом Российской Федерации 19 ноября 1992 г. и введен в действие с 1 марта 1993 г. (далее - Закон о банкротстве 1992 г.). Следует иметь в виду, однако, что специфика введения в действие второго[\*(453)](#sub_99453) и третьего законов о несостоятельности (банкротстве) такова, что они действуют одновременно и используются в зависимости от того, в период действия какого из них возбуждено дело о банкротстве.

В ходе применения Законов о несостоятельности (банкротстве), систематического анализа арбитражно-судебной практики не только накапливался опыт разрешения дел о банкротстве, но и выявлялись недостатки в правовом регулировании отношений, связанных с несостоятельностью должников. Все это в совокупности привело к принятию Закона о банкротстве 2002 г.

Этот новый закон учел многие недостатки предыдущего. Прежний закон не делал никаких различий в процедуре банкротства между юридическим лицом и индивидуальным предпринимателем, между крупным предприятием и посреднической фирмой, не обладающей собственным имуществом; торговым предприятием и крестьянским (фермерским) хозяйством; промышленным предприятием и кредитной организацией. Также совершенно не учитывалось многообразие ситуаций, в которых оказывались должник и его кредиторы. Арбитражные суды нередко сталкивались с таким положением, когда руководитель организации должника отсутствовал и место его нахождения было невозможно установить; когда должник не располагал имуществом, необходимым для покрытия судебных расходов. В подобных случаях арбитражные суды обязаны были объявить должника банкротом, открыть конкурсное производство и для его осуществления назначить конкурсного управляющего. Естественно, ни один из кредиторов не соглашался нести расходы по выплате вознаграждения арбитражному управляющему. Такие решения арбитражного суда до сих пор остаются нереализованными, а должники-банкроты продолжают числиться в реестре юридических лиц.

Отдельные недостатки и пробелы законодательства о несостоятельности (банкротстве) законодатель попытался устранить в новом Законе о банкротстве 2002 г. Однако некоторые новшества до сих пор не реализованы, а недостатки не устранены, что порождает определенные проблемы.

# Понятие и признаки банкротства

Под несостоятельностью (банкротством) в Законе о банкротстве 2002 г. понимается неспособность должника - участника имущественного оборота удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам, возникшим из гражданско-правовой сделки (за товары, услуги, работы), и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, то есть неплатежеспособность.

Юридическое лицо (организация) считается неспособным удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, если соответствующие обязательства не исполнены им в течение трех месяцев с даты, когда они должны быть исполнены (ст. 3 Закона о банкротстве 2002 г.), а сумма долга в целом составляет не менее 100 тыс. руб. (ст. 6 Закона о банкротстве 2002 г.).

Основания для признания кредитной организации банкротом установлены Законом о банкротстве кредитных организаций. Под несостоятельностью (банкротством) кредитной организации понимается признанная арбитражным судом неспособность удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей. Кредитная организация считается неспособной удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, если соответствующие обязанности не исполнены ею в течение одного месяца с момента наступления даты их исполнения (ст. 2 Закона о банкротстве кредитных организаций).

Для признания банкротами стратегических организаций и субъектов естественных монополий установлена их суммарная задолженность в 500 тыс. руб., не погашенная в течение шести месяцев.

Гражданин считается неспособным удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, если требования к должнику-гражданину в совокупности составляют не менее 10 тыс. руб. и они не исполнены в течение трех месяцев с даты, когда они должны быть исполнены, и если сумма его обязательств превышает стоимость принадлежащего ему имущества.

Таким образом, в основе понятия банкротства лежит презумпция, согласно которой участник имущественного оборота, не оплативший товары, работы, услуги, а также не уплативший налоги и иные обязательные платежи в течение длительного срока, не способен погасить свои обязательства перед кредиторами и (или) перед государством.

Для определения признаков банкротства должника учитываются:

- размер денежных обязательств, в том числе размер задолженности за полученные товары, выполненные работы и оказанные услуги;

- суммы займа с учетом процентов, подлежащих уплате должником;

- размер задолженности, возникшей вследствие неосновательного обогащения, и размер задолженности, возникшей вследствие причинения вреда имуществу кредиторов, за исключением обязательств перед гражданами, перед которыми должник несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью;

- обязательства по выплате выходных пособий и оплате труда лиц, работающих по трудовому договору;

- обязательства по выплате вознаграждения по авторским договорам, а также обязательства перед учредителями (участниками) должника, вытекающие из такого участия;

- размер обязательных платежей без учета установленных законодательством Российской Федерации штрафов (пеней) и иных финансовых санкций.

Неустойки (штрафы, пени), проценты за просрочку платежей, убытки, подлежащие возмещению за неисполнение обязательств, а также имущественные и (или) финансовые санкции за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, в том числе обязательных платежей, не учитываются при определении наличия признаков банкротства должника.

При этом размер денежных обязательств или обязательных платежей считается установленным, если он определен арбитражным судом в порядке, предусмотренном Законом о банкротстве. Таким образом, существовавшие ранее правила признания установленной задолженности по решениям судов, в том числе судов общей юрисдикции, а также по согласованным актам сверки задолженности и т.п. теперь не действуют.

В случае если должник оспаривает требования кредиторов, размер денежных обязательств или обязательных платежей устанавливается арбитражным судом в порядке, предусмотренном Законом о банкротстве.

Такой односторонний подход к определению признаков банкротства создал ситуацию, позволяющую обанкротить любое предприятие, неспособное в течение трех месяцев ликвидировать дебиторскую задолженность на сумму свыше 100 тыс. руб. При этом не учитываются никакие другие критерии и показатели. Следует заметить, что по Уставу о банкротах 1800 г. должник обязан был заявить кредиторам о своей несостоятельности, имея 30% дефицита - "когда не достанет у него до 30% на рубль кредиторской суммы"[\*(454)](#sub_99454), а Устав о торговой несостоятельности 1832 г. позволял возбуждать дело о банкротстве, если сумма долгов составляла более 5 тыс. руб.

Действующее законодательство не только не обеспечивает механизма самозащиты от всевозможных злоупотреблений, но и позволяет возбуждать дела о банкротстве по инициативе государства - часто основного виновника образования задолженности у предприятий коммунального хозяйства, производителей продукции по государственному заказу.

В этой связи заслуживает полной поддержки и одобрения предложение о восстановлении применявшегося ранее (Закон о банкротстве 1992 г.) критерия отрицательного соотношения общей суммы кредиторской задолженности к стоимости имущества должника. Вместо критерия неплатежеспособности, т.е. установленной судом неспособности должника погасить требования кредиторов и уплатить обязательные платежи, предлагается ввести критерий неоплатности, когда должник может быть признан банкротом только в том случае, если общая сумма его кредиторской задолженности превысит стоимость его имущества[\*(455)](#sub_99455).

Пока такой критерий предусмотрен для признания банкротом гражданина - физического лица. Но нормы о банкротстве гражданина не применяются до внесения соответствующих изменений в ГК РФ, поэтому говорить об эффективности такого критерия пока рано.

Однако факт необходимости учета критерия соотношения общей суммы кредиторской задолженности и стоимости имущества должника подтверждается тем, что нередко кредиторы при подаче заявления о признании должника банкротом ставят целью не удовлетворение своих конкретных требований, а решение вопроса о переделе собственности. Не случайно поэтому под банкротство все больше подпадают жизнеспособные предприятия, социально значимые объекты, способные к нормальной деятельности, но оказавшиеся в кризисной ситуации не по своей воле и чаще всего по вине государственных и муниципальных органов. Осуществление банкротства в подобных ситуациях стало своего рода бизнесом для отдельных предпринимательских структур. Они в некоторых случаях под любым предлогом уклоняются от получения долга, добиваясь поставленной цели: обанкротить достаточно выгодного должника. Описанные действия кредитора однозначно подпадают под нормы ст. 10 ГК РФ и должны признаваться злоупотреблением правом. Однако в практике арбитражных судов названный правовой институт применяется крайне редко. Введение предлагаемого критерия неоплатности позволило бы устранить опасность злоупотребления правом и необоснованного банкротства.

По новому Закону о банкротстве 2002 г. юридическое лицо, задолжавшее своему работнику соответствующую сумму по заработной плате или по другим основаниям, вытекающим, например, из трудовых отношений, не может быть признано банкротом по заявлению кредитора-работника.

Так, гражданин Н. обратился в арбитражный суд с заявлением о признании ОАО "Энергия" банкротом в связи с тем, что должник не выплачивает ему в течение более двух лет 350 тыс. руб., взысканных по решению районного суда в виде компенсации по трудовому договору об участии в строительстве жилья хозспособом (в доперестроечный период). По трудовому договору со своей организацией гражданин Н. был зачислен в строительный цех, осуществляющий строительство жилья, и ему организация должна была предоставить соответствующую жилплощадь, квартиру.

До экономических преобразований жилой дом построен не был, государственное предприятие, заключившее с гражданином Н. указанный договор и обязавшееся предоставить ему квартиру, было приватизировано и неоднократно реорганизовано с созданием впоследствии ОАО "Энергия".

Рассматривая требования кредитора и возражения должника, арбитражный суд не нашел оснований для учета задолженности при определении наличия признаков банкротства должника. При изложенных обстоятельствах арбитражный суд первой инстанции, руководствуясь ст. 33 Закона о банкротстве 2002 г., отказал в принятии заявления о банкротстве должника.

Однако Федеральный арбитражный суд Центрального округа в кассационном порядке судебный акт суда первой инстанции отменил и направил дело на новое рассмотрение суда, указав на неправильное применение закона без указания конкретной его нормы.

При новом рассмотрении арбитражный суд принял такое же решение, как и в первый раз, и оно вступило в законную силу.

Подчеркивая значимость именно денежных обязательств должника как признака банкротства, законодатель указал, что требования кредиторов по обязательствам, не являющимся денежными, могут быть предъявлены в суд и рассматриваться судом, арбитражным судом в обычном процессуальном порядке.

Следует заметить, что в отличие от предыдущих законов Закон о банкротстве 2002 г. содержит новую норму о текущих платежах. Под текущими платежами понимаются денежные обязательства и обязательные платежи, возникшие после принятия заявления о признании должника банкротом, а также денежные обязательства и обязательные платежи, срок исполнения которых наступил после введения соответствующей процедуры банкротства.

Требования кредиторов по текущим платежам не подлежат включению в реестр требований кредиторов. Удовлетворение требований кредиторов по текущим платежам осуществляется вне очереди и вне рамок дела о банкротстве, т.е. в обычном исковом производстве.

Рассматриваемое нововведение имеет большую практическую значимость особенно в тех процедурах банкротства, в которых продолжается экономическая деятельность должника, поскольку теперь новым кредиторам не приходится получать удовлетворение своих требований в одной очереди с конкурсными кредиторами и у них не утрачивается интерес к продолжению партнерских отношений с контрагентом, находящимся во внешнем управлении или в процессе другой реабилитационной процедуры.

# Предупреждение банкротства

В случае возникновения признаков банкротства, предусмотренных Законом о банкротстве 2002 г., руководитель должника обязан направить учредителям (участникам), собственнику имущества должника - унитарного предприятия сообщение о наличии признаков банкротства. Учредители (участники) должника, собственник имущества должника - унитарного предприятия, федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления обязаны принимать своевременные меры по предупреждению банкротства организаций. В этих целях указанные лица до момента подачи в арбитражный суд заявления о признании должника банкротом принимают меры по восстановлению платежеспособности должника. Подобные меры могут быть приняты кредиторами и иными лицами по соглашению с должником.

В качестве мер предупреждения банкротства, восстановления платежеспособности должника поименованные выше лица могут представить должнику финансовую помощь для полного погашения денежных обязательств и обязательных платежей и восстановления платежеспособности должника. Такие мероприятия представляют собой досудебную санацию и относятся к антикризисному управлению, а не к банкротству. Поэтому размещение этих норм (гл. II Закона о банкротстве 2002 г.) в законодательстве о несостоятельности (банкротстве) вряд ли обоснованно, тем более что предупреждение банкротства не является процедурой банкротства, при рассмотрении дела о банкротстве эти вопросы арбитражным судом не проверяются, их невыполнение не имеет никаких правовых последствий.

Следует отметить, что вопросам предупреждения банкротства уделяется слишком мало внимания со стороны государства. Государство должно быть заинтересовано в том, чтобы экономика страны, народное хозяйство развивались и крепли, чтобы хозяйствующие структуры, в первую очередь унитарные предприятия, работали стабильно и приносили доход государству и всей стране. Государство должно быть обеспокоено положением своих предприятий как на внутреннем, так и на внешнем рынке. Особая забота должна проявляться о предприятиях, обеспечивающих безопасность и защиту государства, удовлетворяющих жизненно важные потребности и интересы населения.

С этой точки зрения законодатель поступил правильно, установив некоторые особенности банкротства отдельных предприятий и организаций: естественных монополий, стратегических предприятий, градообразующих организаций, сельскохозяйственных организаций, кредитных организаций. Законодатель постоянно проявляет заботу о совершенстве законодательства о банкротстве, хотя оно по-прежнему далеко от совершенства, не обеспечивает целей и задач экономики в переходный период.

Особенно должна возрасти роль государства в предупреждении банкротства в антикризисном управлении.

В настоящее время в Министерстве экономического развития и торговли Российской Федерации создан Экспертно-консультативный совет по несостоятельности (банкротству) и финансовому оздоровлению. Совет этот был создан в целях повышения эффективности экспертно-аналитической деятельности Минэкономразвития РФ и формирования научно обоснованной государственной политики в сфере банкротства и финансового оздоровления. Совет разрабатывает и представляет на рассмотрение министерства предложения по совершенствованию законодательства о банкротстве и финансовом оздоровлении, рассматривает разрабатываемые ведомством проекты нормативных правовых актов. Однако результативность работы совета, особенно в части предупреждения банкротства, финансового оздоровления, пока низка.

Представляется, что Экспертно-консультативный совет по несостоятельности (банкротству) и финансовому оздоровлению Минэкономразвития РФ или другой рабочий орган этого ведомства должны заниматься вопросами антикризисного управления и финансового оздоровления на постоянной профессиональной основе. Главной задачей такого органа должно быть предупреждение банкротства, а в случае необходимости - цивилизованная ликвидация организации. Не менее важной задачей органа по антикризисному управлению и финансовому оздоровлению должно стать недопущение передела собственности посредством процедуры банкротства. В этих целях государственный орган по антикризисному управлению и финансовому оздоровлению должен взять под особый контроль создание и деятельность саморегулируемых организаций арбитражных управляющих и принимать участие в рассмотрении дел о банкротстве в арбитражных судах.

Совершенно очевидно, что точно такие же органы с аналогичными целями и задачами должны создаваться и в субъектах Российской Федерации. В регионах этот орган должен действовать, скорее всего, в составе комитета по управлению государственным имуществом.

Гражданский кодекс РФ (ст. 65) рассматривает несостоятельность (банкротство) юридического лица как исключительный, особый способ удовлетворения требований кредиторов посредством ликвидации юридического лица. В нормальных условиях гражданского оборота его участники должны пользоваться обычными способами защиты гражданских прав (ст. 12 ГК РФ). Поэтому, если кредитор, не использовав всех законных средств защиты своих прав, то есть не попытавшись в исковом порядке получить удовлетворение своих требований, обращается в суд с заявлением о признании должника банкротом, действия заявителя следует рассматривать как злоупотребление правом и в принятии таких заявлений отказывать.

Вообще, если кредитор не стремится навредить своему партнеру-должнику, то ему выгоднее добиться удовлетворения требований в общем исковом порядке, а не через банкротство. Ведь когда взыскивается сумма только одного кредитора, ее легче взыскать хотя бы и путем отнесения взыскания на имущество. Если же через процедуру банкротства будут взыскиваться все долги, то гарантии удовлетворения требований каждого кредитора значительно снижаются. Да и сроки удовлетворения значительно отдаляются. Процедура несостоятельности (банкротства) должна применяться как крайняя мера в исключительных случаях. При этом должна повышаться ответственность должников за объявление себя банкротами, когда они не в состоянии в определенных условиях рассчитаться со своими кредиторами.

Все дела о банкротстве рассматриваются только арбитражными судами, в том числе о банкротстве гражданина (физического лица). Но должно ли все дело о банкротстве целиком рассматриваться арбитражным судом?

Вспомним название каждой из предусмотренных Законом о банкротстве 2002 г. процедур банкротства: при наблюдении и внешнем управлении не решаются никакие материально-правовые споры кредиторов с должником. В процессе наблюдения устанавливается истинное финансовое состояние должника и предотвращаются попытки руководства должника незаконно распоряжаться своим имуществом. При проведении внешнего управления арбитражным управляющим предпринимаются меры по восстановлению платежеспособности должника, ведется нормальная хозяйственная деятельность. Этим должен заниматься компетентный руководитель, умелый организатор - современный менеджер. Ведь его предшественник, порой опытный, с большим стажем руководителя-хозяйственника, привел свое предприятие к банкротству. Но и на суд вряд ли правомерно возлагать функции общего руководства процессом банкротства. Дело суда рассматривать и разрешать конкретные споры. В процессе банкротства на стадии наблюдения и внешнего управления практически нет споров, и этими процессами вполне могла бы управлять федеральная служба по финансовому оздоровлению. В тех случаях когда наблюдение и внешнее управление не привели к мировому соглашению, восстановлению платежеспособности, дело о банкротстве переходит в стадию конкурсного производства. Именно при переходе к конкурсному производству должно возбуждаться арбитражное дело в суде, на этой стадии могут возникать споры между должником и кредиторами, на этой стадии необходим судебный контроль над конкурсом требований кредиторов.

# Реабилитационные процедуры банкротства

Банкротство предприятий, иных хозяйствующих субъектов в условиях рыночной экономики - явление нежелательное, но неизбежное. Исходя из концепции сохранения действующих предприятий, удержания на рынке способных к хозяйственной деятельности субъектов, антикризисное управление, как отмечалось ранее, призвано предупреждать и не допускать банкротства работоспособных предприятий. Антикризисное управление должно осуществлять организационные и реорганизационные мероприятия по отношению к предполагаемым должникам-банкротам еще до суда, до возбуждения арбитражным судом дела о банкротстве.

Закон о банкротстве 1992 г. предусматривал возможность применения к попавшим в трудное положение предприятиям и организациям реорганизационных процедур, позволяющих им восстановить статус полноценных субъектов рыночных отношений, поощрял предпринимательскую инициативу и риск, поскольку при положительном исходе они в значительной мере могли смягчить тяжелые последствия банкротства. В указанном законе такие действия назывались реорганизационными процедурами, которые включали в себя внешнее управление имуществом должника - реорганизационная процедура, направленная на продолжение деятельности предприятия-должника и назначаемая арбитражным судом по заявлению должника, собственника предприятия-должника или кредитора (кредиторов) и осуществляемая на основании передачи функций по управлению предприятием-должником арбитражному управляющему.

В случае невыполнения должником обязательств по оплате товаров (работ, услуг) по истечении трех месяцев со дня наступления сроков исполнения указанных обязательств кредитор мог направить должнику заказной почтой извещение с уведомлением о вручении, в котором кредитор предъявлял должнику требование в недельный срок со дня его получения выполнить свои обязательства и предупреждал о том, что в случае их невыполнения в течение указанного срока кредитор обратится в арбитражный суд с заявлением о возбуждении производства по делу о несостоятельности (банкротстве) предприятия.

В промежуток времени от получения извещения и до возбуждения дела о банкротстве арбитражным судом должник имел возможность обратиться в арбитражный суд с ходатайством о проведении внешнего управления имуществом должника.

Внешнее управление имуществом должника назначалось только при наличии реальной возможности восстановить платежеспособность предприятия-должника с целью продолжения его деятельности путем реализации части его имущества и осуществления других организационных и экономических мероприятий.

Обращает на себя внимание тот факт, что внешнее управление имуществом должника назначалось до возбуждения производства по делу о банкротстве должника, т.е. налицо все основания считать названную процедуру досудебной и, более того, бесспорной, не требующей судебного вмешательства. Поэтому данную процедуру с полным основанием можно отнести к антикризисному управлению. Осуществлять ее могли бы органы исполнительной, а не судебной власти.

При аналогичных обстоятельствах и при тех же условиях вместо назначения внешнего управления имуществом должника Закон о банкротстве 1992 г. предусматривал возможность применения санации (оздоровление предприятия-должника) - реорганизационной процедуры, когда собственником предприятия-должника, кредитором (кредиторами) или иными лицами оказывается финансовая помощь предприятию-должнику. Основанием для проведения санации также являлось наличие реальной возможности восстановить платежеспособность предприятия-должника для продолжения его деятельности путем оказания этому предприятию финансовой помощи.

Осуществляться эта процедура могла бы под руководством и контролем соответствующего органа государственной власти как процедура антикризисного управления, процедура предупреждения банкротства.

Закон о банкротстве 1998 г. несколько сузил содержание мероприятий по предупреждению банкротства, отказался от наименования их реорганизационными процедурами. Но суть проводимых досудебных мероприятий, антикризисного управления сохранилась.

Рассматриваемый закон уже не содержал понятия внешнего управления имуществом должника. Появилась процедура банкротства - внешнее управление (судебная санация), - применяемая к должнику в целях восстановления его платежеспособности с передачей полномочий по управлению должником в целом, а не только его имуществом.

Вместе с тем Закон о банкротстве 1998 г. предусматривал меры по предупреждению банкротства, которые должны были осуществляться до возбуждения арбитражным судом дела о банкротстве и, следовательно, относились к антикризисному управлению, а не к отправлению правосудия.

Учредители (участники) должника - юридические лица, собственник имущества должника - унитарного предприятия, федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления обязаны принимать своевременные меры по предупреждению банкротства. В этих целях указанные лица до момента подачи в арбитражный суд заявления о признании должника банкротом принимают меры, направленные на финансовое оздоровление должника. Меры, направленные на финансовое оздоровление должника, могут быть приняты кредиторами или иными лицами на основании соглашения с должником.

Закон о банкротстве 1998 г. сохранил понятие санации, назвав ее досудебной санацией, подчеркнув тем самым, что это мера антикризисного управления. Досудебная санация - действия по восстановлению платежеспособности должника, предпринимаемые собственником имущества должника - унитарного предприятия, учредителями (участниками) должника - юридического лица, кредиторами должника и иными лицами в целях предупреждения банкротства.

Закон о банкротстве 1998 г. устанавливал, что досудебная санация может быть применена в отношении юридических лиц - должников юридическими лицами в целях предоставления финансовой помощи в размере, достаточном для погашения задолженности по денежным обязательствам и обязательным платежам и восстановления платежеспособности должника в рамках мер по предупреждению банкротства.

Также указанный закон предусматривал возможность проведения досудебной санации за счет федерального бюджета и государственных внебюджетных фондов, за счет бюджетов субъектов Российской Федерации, местных бюджетов и соответствующих внебюджетных фондов. Условия проведения досудебной санации в этих случаях устанавливались соответствующим бюджетным законодательством на соответствующий год.

Нормы нового Закона о банкротстве 2002 г., касающиеся антикризисного управления, предупреждения банкротства, не претерпели существенного изменения.

Все так же учредители (участники) должника, собственник имущества должника - унитарного предприятия, федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления обязаны принимать своевременные меры по предупреждению банкротства организаций.

Новой является лишь обязанность руководителя должника в случае возникновения признаков банкротства уведомить учредителей (участников), собственника имущества - унитарного предприятия о наличии признаков банкротства.

Не изменилось по существу и правовое регулирование досудебной санации. Предусмотрено лишь, что предоставление финансовой помощи может сопровождаться принятием на себя должником или иными лицами обязательств в пользу лиц, предоставивших финансовую помощь.

Неизменной осталась и структура всех Законов о несостоятельности (банкротстве) (1992 г., 1998 г. и 2002 г.) в части расположения в них норм, касающихся предупреждения банкротства. Анализ самих норм, регулирующих вопросы предупреждения банкротства, их расположение в системе норм о банкротстве организаций подтверждают вывод о том, что они осуществляются до возбуждения дела о банкротстве и без судебного контроля.

К сожалению, ни законодательство о банкротстве, ни другие законы не регулируют вопросы антикризисного управления с целью предупреждения банкротства. До сих пор явно не установлен орган, который должен осуществлять антикризисное управление и нести ответственность за состояние хозяйствующих субъектов рыночной экономики.

Представляется, что такие функции должны быть возложены на органы по управлению государственным имуществом на федеральном, региональном и местном уровнях.

Антикризисное управление, предупреждение банкротства, осуществляемое органами исполнительной власти, предприятием-должником, его учредителями, собственником унитарного предприятия, кредиторами в досудебном порядке преследует одну цель: выявить возможность или невозможность восстановления платежеспособности предприятия; способность или неспособность предприятия, организации вести дальнейшую нормальную хозяйственную деятельность.

В случае отрицательных результатов антикризисного управления возбуждение дела о банкротстве должника неизбежно. Однако возбуждение дела о банкротстве еще не свидетельствует о том, что должник будет ликвидирован.

При рассмотрении дела о банкротстве должника - юридического лица в соответствии со ст. 27 Закона о банкротстве 2002 г. применяются определенные процедуры банкротства: наблюдение (нами уже рассмотрено как стадия подготовки дела о банкротстве к судебному разбирательству); финансовое оздоровление; внешнее управление; конкурсное производство и мировое соглашение.

Мировое соглашение, по моему мнению, вряд ли можно считать самостоятельной процедурой, поскольку мировым соглашением может быть закончена любая процедура банкротства в случае достижения об этом соглашения между кредиторами с одной стороны и должником - с другой стороны. Таким образом, мировое соглашение - это возможное окончание любой процедуры банкротства и окончание самого банкротства в целом, но не отдельная процедура банкротства. Вместе с тем необходимо иметь в виду, что мировое соглашение во всяком случае означает восстановление платежеспособности должника-банкрота и прекращение арбитражного дела о банкротстве.

# Страховой интерес как материальный объект страхового обязательства: теория, законодательство и правоприменительная практика (Ковалевская Н.С.)

# Общее понятие интереса и его связь со страховым интересом

Категория интереса изучается различными науками[\*(456)](#sub_99456). Однако для страхования эта категория имеет особое значение.

В соответствии с действующим российским законодательством не противоречащие законодательству Российской Федерации имущественные интересы являются объектами страхования[\*(457)](#sub_99457). Ввиду подобной важности понятия "интерес" для страхования исследуем его в том значении, в котором оно используется в данной сфере.

Объективно существующие экономические интересы в сознании субъекта преобразуются в экономические потребности. При этом следует отметить, что далеко не всегда конкретными субъектами правильно осознаются объективно существующие экономические интересы. Однако в конечном счете именно экономические интересы и порождают существующие гражданско-правовые институты, одновременно определяя и единство их содержания[\*(458)](#sub_99458).

Как правило, законодатель, создавая те или иные юридические конструкции, закрепляет в них и интерес. Примером может служить прямое указание закона на по общему правилу возмездный характер договора[\*(459)](#sub_99459), и подобным образом конструируется большая часть отдельных видов обязательств. На принципе закрепления имущественного интереса стороны в обязательстве построены нормы, регулирующие гражданско-правовую ответственность, а также нормы об изменении и расторжении договора в связи с существенным изменением обстоятельств[\*(460)](#sub_99460). Перечень примеров можно продолжать.

В то же время не всегда экономические интересы находят свое непосредственное закрепление в юридических нормах[\*(461)](#sub_99461).

В ряде случаев законодатель для защиты интересов участников гражданско-правовых отношений использует приемы юридической техники, которые позволяют достичь указанной цели - защитить определенный интерес, без прямого указания на это в законе, хотя последнее и вытекает из смысла норм, закрепленных законом[\*(462)](#sub_99462).

Таким образом можно констатировать следующее.

Хотя в российском гражданском праве принцип наличия у участников интереса в качестве обязательного условия существования гражданско-правовых отношений не закреплен непосредственно и сторонам предоставляется свобода в установлении условий договора[\*(463)](#sub_99463), суть этого принципа (нет права без интереса), известного со времен Р. Иеринга, с помощью различных юридическо-технических приемов закрепляется императивными нормами закона и иных правовых актов, которым должен соответствовать договор.

И здесь следует отметить, что если речь идет об основополагающем значении интереса для обязательственного права, то в качестве такового интерес прямо включен законодателем в страховое обязательство. Именно поэтому понятие интереса приобретает для страхового договора особо важное значение.

В ныне действующем законодательстве прямо установлено, что объектами страхования могут быть имущественные интересы:

1) для личного страхования - связанные с:

- дожитием граждан до определенного возраста или срока, со смертью, с наступлением иных событий в жизни граждан (страхование жизни);

- с причинением вреда жизни, здоровью граждан, оказанием им медицинских услуг (страхование от несчастных случаев и болезней, медицинское страхование);

2) для имущественного страхования - связанные, в частности, с:

- владением, пользованием и распоряжением имуществом (страхование имущества);

- обязанностью возместить причиненный другим лицам вред (страхование гражданской ответственности);

- осуществлением предпринимательской деятельности (страхование предпринимательских рисков)[\*(464)](#sub_99464).

При этом страхование противоправных интересов, а также интересов, которые не являются противоправными, но страхование которых запрещено законом, не допускается.

Здесь следует обратить внимание, что для личного страхования законодатель предусмотрел исчерпывающий перечень объектов страхования, а для имущественного - открытый.

Это, как представляется, связано с более продолжительной историей и в результате - большей развитостью имущественного страхования, чем страхования личного, следствием которой стало большее разнообразие имущественных благ, охраняемых страхованием, по сравнению с личными благами (об объектах страховой охраны см. подробнее далее).

Также необходимо отметить, что для отдельных видов страхования законодатель указал и другие объекты страхования.

Так, например, объектом добровольного медицинского страхования является страховой риск, связанный с затратами на оказание медицинской помощи при возникновении страхового случая[\*(465)](#sub_99465). В обязательном же государственном страховании жизни и здоровья военнослужащих и приравненных к ним лиц объектами страхования являются жизнь и здоровье данных лиц[\*(466)](#sub_99466).

Подобные различия, как представляется, обусловлены скорее различными доктринальными соображениями разработчиков проектов данных законов, чем какими-то принципиальными особенностями данных видов страхования, требующими изменения такого объекта страхования, предусмотренного общими нормами законодательства о страховании, как имущественный интерес. Ввиду этого, а также в целях облегчения задач правоприменителей представляется необходимым, чтобы законодатель унифицировал страховое законодательство в части определения объекта страхования.

Законодатель, установив по общему правилу имущественные интересы в качестве объекта страхования, тем самым определил экономический, материальный объект страхового обязательства. Ибо юридический объект обязательственного отношения иной - им является поведение участников.

Следуя методу анализа страховых правоотношений, предложенному К.А. Граве и Л.А. Лунцем, далее будем различать объект страхования (страхового правоотношения) и объект страховой охраны[\*(467)](#sub_99467).

При этом под объектом страховой охраны будет пониматься имущество, в том числе имущественные права (в имущественном страховании), или жизнь, здоровье, либо иные блага личности (личное страхование), с возможностью умаления которых у страхователя (застрахованного лица, выгодоприобретателя) связаны имущественные интересы, обеспечиваемые страхованием[\*(468)](#sub_99468).

Необходимо заметить, что, определив имущественные интересы в качестве объекта страхования, законодатель сделал только первый шаг для выделения главного критерия, позволяющего отграничить страховые отношения от иных сходных с ними отношений.

Дело в том, что имущественный интерес еще не есть страховой интерес. И если специально не выделить в качестве материального объекта страхового обязательства страховой интерес, то практически сложно четко определить цель страхования, что в итоге не дает возможности отделить страхование от пари и игры, которые по механизму весьма схожи со страхованием: большое число участников вносит в единый фонд определенную сумму, а выплата следует гораздо большего размера, чем взнос из собранного фонда, но только некоторым из участников. В страховании эта выплата следует тем, у кого произошел страховой случай, а в игре - тем, кто угадал.

Однако утверждать, что участники пари, лотереи не имеют имущественных интересов, когда вступают в игру, нельзя. Такие интересы, несомненно, есть. Следовательно, для достижения целей страхования, в том числе отграничения его от пари и игры, важно определить в качестве объекта не просто имущественный интерес, а именно страховой интерес.

Страховой интерес есть разновидность имущественного интереса. Однако не каждый имущественный интерес можно рассматривать в качестве страхового интереса.

В литературе, посвященной страхованию, никто не умаляет значения страхового интереса в функционировании механизма страхования. При этом нужно указать, что ни в определении значения страхового интереса для различных видов страхования, ни в определении самого понятия страхового интереса среди ученых, как экономистов, так и юристов, нет единого мнения.

В частности, О.С. Иоффе рассматривает страховой интерес в качестве убытка - того убытка, который страхователь или выгодоприобретатель могут понести в результате гибели или повреждения застрахованного имущества[\*(469)](#sub_99469).

М.Я. Шиминова считает страховым интересом понесенный убыток или ущерб, который возникает у страхователя при наступлении страхового случая[\*(470)](#sub_99470). Она не согласна с В.И. Серебровским[\*(471)](#sub_99471), который рассматривает страховой интерес в качестве предмета страхования. По ее мнению, страховой интерес является необходимой предпосылкой возникновения страхового отношения. Страховой интерес обусловлен потребностью в восполнении имущественных потерь, вызванных повреждением (уничтожением) различных материальных ценностей или недополучением их, например урожая сельскохозяйственных культур.

К.А. Граве и Л.А. Лунц, также рассматривая страховой интерес как убыток, который страхователь или выгодоприобретатель могут понести при наступлении страхового случая, указывают, что эта категория действует только в имущественном страховании и не распространяется на личное страхование[\*(472)](#sub_99472). Поэтому они не разделяют мнения В.К. Райхера о том, что страховой интерес носит для всех отраслей страхования универсальный характер[\*(473)](#sub_99473). Наличие страхового интереса в имущественном страховании, по мнению К.А. Граве и Л.А. Лунца, является главным условием действительности страхового договора, а также юридическим фактом, который лежит в основании страхового обязательства.

Из новых подходов к определению страхового интереса следует остановиться на определении, данном В.С. Белых и И.В. Кривошеевым, как в определенной степени типичном для исследований в сфере страхового права, осуществляемых в наше время.

После глубокого и подробного анализа понятий "имущественный интерес" и "объект страхового правоотношения" эти авторы неожиданно приходят к следующему достаточно спорному определению страхового интереса: "страховой интерес - это осознанная страхователем или застрахованным лицом потребность (мера материальной заинтересованности) в получении имущественного блага (ценности) в виде страховой суммы при наступлении известного события...."[\*(474)](#sub_99474)

Не определяя характера того "известного события", а также наступивших последствий, при которых следует страховая выплата[\*(475)](#sub_99475), затруднительно отграничить страхование не только от игр и пари, но даже просто от купли-продажи. Действительно, в купле-продаже также есть осознанная потребность продавца в получении имущественного блага (денежной суммы) при наступлении известного события - передачи вещи покупателю[\*(476)](#sub_99476).

Следует отметить, что, несмотря на многообразие высказанных мнений по поводу понятия и места страхового интереса в страховом обязательстве[\*(477)](#sub_99477), между этими мнениями гораздо больше общего, чем это может показаться на первый взгляд, ибо зачастую различные мнения отражают более или менее успешно лишь различные стороны одного и того же явления.

# Определение понятия "страховой интерес"

Для того чтобы дать определение страхового интереса, прежде всего следует обратиться к основному в праве способу толкования - к грамматическому толкованию данного понятия.

В современном русском языке это понятие имеет два значения:

- особое внимание, возбуждаемое кем-либо либо чем-либо;

- польза, выгода.

Для того чтобы уяснить употребление понятия "интерес" в праве, особенно в праве гражданском, нужно обратиться к первоисточнику - к римскому праву и латинскому языку, откуда этот термин пришел в большинство европейских правовых систем и языков, а также к истории его появления.

Первоисточник данного понятия - латинское понятие interest. Оно произошло - от interesse - "быть (esse) между (inter)". Поэтому понятие interest означает - "есть разница", которое затем преобразовалось в "убыток" и "прибыль". Значение "особое внимание" развилось (в новых западноевропейских языках) из значения "выгода", "польза"[\*(478)](#sub_99478). Наличие подобного содержания в понятии interest подтверждается и исследованиями классика современной юридической антропологии М. Мосса. Он указывает на то, что современное понятие "интерес" тесно связано с ведением бухгалтерского учета: "....оно происходит от латинского слова interest, которое писали в счетных книгах напротив ожидаемых доходов..."[\*(479)](#sub_99479)

К этому следует добавить, вероятно, что значение слов "убыток" и "прибыль" связано с тем, что в латинском языке глагол esse обладает также значением "иметь во владении, иметь во власти, иметь ценность"[\*(480)](#sub_99480).

Таким образом, interest характеризует разницу в имущественном положении лица - положения в настоящем времени от того, каким оно было либо будет. То есть если имущественное положение лица улучшается (имущество увеличивается), то имущественный интерес лица является "прибылью", если ухудшается (имущество уменьшается), то этот интерес представляет собой "убыток".

Именно в значении "убыток" было введено понятие страхового интереса первоначально в законодательные системы.

Обратимся к истории вопроса.

Как отмечает Schreuer[\*(481)](#sub_99481), романисты рассматривали страхование как условное обещание известной денежной суммы (Wettasstkuranz), но под влиянием канонического права, которое требовало для каждой сделки справедливую цену (justum pretium)[\*(482)](#sub_99482), для настоящего, дозволенного страхования (assecuratio propria) в качестве существенного его элемента было выдвинуто требование наличия так называемого страхового интереса. Данное требование позволило отличить страхование как от сделок пари и игры, так и от сделок, заключавшихся с целью обхода церковных и законодательных запретов на ростовщичество (превышение предельных процентов по займам), а также обхода законодательных запретов на участие дворянства в предпринимательской деятельности[\*(483)](#sub_99483).

Это требование в дальнейшем вошло в законодательные системы разных стран. Еще в 1774 г. знаменитый Gambling Act выставил требование наличия страхового интереса в качестве непременного условия для страхования. При этом данное требование в равной мере относилось как к страхованию имущества, так и к страхованию лица.

Что же касается российского права, то общее понятие интереса в страховании нашло свое первоначальное закрепление в правоприменительной практике Гражданского кассационного департамента Правительствующего сената в ходе ответа на вопрос: вправе ли пожизненный владелец застрахованного им недвижимого имущества требовать выдачи ему страхового вознаграждения на возобновление сгоревших построек?[\*(484)](#sub_99484)

Разрешая данную проблему, Гражданский кассационный департамент Правительствующего сената еще в 1898 г. указал на следующее[\*(485)](#sub_99485).

"Договор страхования есть договор самостоятельный, материальным предметом которого служит интерес, связанный с целостностью имущества; цель его - вознаграждение возможного ущерба этому интересу от предполагаемой опасности.... Страховать свой интерес может не только собственник, но и временный владелец, для обеспечения от страха: первый - целости имущества, второй - полного пользования имуществом....

Не подлежит сомнению, что когда имущество, находящееся в пожизненном владении, страхуется собственником, то, в случае уничтожения имущества пожаром, страховое вознаграждение подлежит выдаче страхователю, причем на этом вознаграждении, как эквиваленте недвижимости, продолжается пользование.... Но положение дела изменяется, когда страхование имущества производится пожизненным владельцем из его средств для обеспечения предоставленного ему пользовладения. В силу того, что договоры об имуществе обязательны для лиц, заключивших оные и их наследников: страхователь - собственник имущества, в случае истребления оного пожаром, имеет право, как контрагент, требовать от страховщика вознаграждение за происшедший от пожара убыток; но собственник имущества, состоящего в пожизненном владении и застрахованного от огня пожизненным владельцем, не имеет права, как лицо, не участвовавшее в страховом договоре, возражать против выдачи страхователю страхового вознаграждения на предмет возобновления сгоревших построек, без чего неосуществим тот интерес, который пожизненный владелец имел в виду обеспечить страхованием, т.е. полное пользование имуществом....."

В этом судебном решении вопрос о существовании страхового интереса у страхователя - пожизненного владельца имущества решается с учетом следующих обстоятельств:

1) наличие у страхователя ущерба (убытков) от страхового случая;

2) наличие у собственника имущества и пожизненного владельца этого имущества самостоятельных страховых интересов в отношении данного имущества;

3) многолетнее участие не собственника имущества, а пожизненного владельца в формировании страхового фонда - заключение договора страхования, внесение страховых взносов из собственных средств и получение из договора права на страховую выплату;

4) наличие у средств, переданных страховщиком в качестве страховой выплаты, целевого характера - они должны быть израсходованы на восстановление утраченного имущества.

В дальнейшем подход к страховому интересу, присутствующий в данном судебном решении, был в более современных выражениях закреплен в первых российских (советских) правовых нормах, содержащих общее определение страхового интереса. В ст. 368 Гражданского кодекса РСФСР 1922 г.[\*(486)](#sub_99486) (оригинальное название - Гражданский кодекс РСФСР; именно так его следует искать в поисковых системах. - Прим. ред.) этот интерес прямо отождествлялся с убытками (ущербом), "которые страхователь или выгодоприобретатель могут понести при наступлении страхового случая (страховой интерес)..."

Данные нормы фактически стали в российском и советском праве теми единственными за все время его существования нормами, в которых доктринальному понятию "страховой интерес" явно и недвусмысленно давалось легальное определение.

В дальнейшем как советское, так и российское законодательство избегало давать общее определение страховому интересу, предпочитая иносказательно именовать его "имущественным интересом, являющимся объектом страхования", "интересом в сохранении имущества" либо обозначать его неким иным, непрямым образом[\*(487)](#sub_99487).

Современная правоприменительная практика настоятельно нуждается в отсутствующем в действующем законодательстве общем определении страхового интереса либо способах установления его наличия у страхователя, так как именно с наличием страхового интереса в страховании имущества российское страховое законодательство связывает действительность договора страхования.

Как и в дореволюционное время, побудительными причинами для формирования данного определения, а также способов установления наличия страхового интереса, являются споры, связанные с отказами страховщиков произвести страховые выплаты по договорам страхования имущества тем страхователям, которые не являются собственниками застрахованного ими имущества.

Это страхователи, у которых застрахованное имущество находится, в частности:

1) на вещном праве, отличном от права собственности;

2) на основании договора аренды;

3) во владении, пользовании и распоряжении на основании доверенности (например, чрезвычайно распространенный в 90-х гг. прошлого века случай - передача автомобиля иностранной марки его собственником на основании доверенности с правом продажи и передоверия без юридического оформления договора купли продажи)[\*(488)](#sub_99488).

Данная проблема получила свою актуальность в связи с наличием большого числа имущественных объектов в собственности государства, с массовой приватизацией публичного имущества, проводимой в значительном числе случаев с нарушениями, с нестабильностью налогообложения (таможенного обложения), с введением государственной регистрации недвижимости (с момента регистрации стало возникать право собственности на недвижимость, что не всегда учитывалось покупателями данного имущества) и т.д.

Ввиду значительной пробельности нового российского законодательства о страховании в части разрешения подобных проблем суды новой России постепенно формировали необходимое им понятие страхового интереса и способы определения его наличия у страхователя, следуя подходам, выработанным дореволюционной российской правоприменительной практикой и российским (советским) законодательством, и связывали присутствие страхового интереса с возможными убытками (ущербом).

Так, например, Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа, исследуя вопрос о наличии страхового интереса у страхователя - арендатора застрахованного имущества, указывает на следующее[\*(489)](#sub_99489).

"Как следует из материалов дела, между ЗАО "МСК Айни" (страховщик) и предпринимателем Чернышевым Н.Н. (страхователь) заключен договор страхования транспортных средств от 26.07.2000, застрахованным имуществом по которому являются автомашины, взятые предпринимателем в аренду:

Полагая, что у предпринимателя, не являющегося собственником похищенного автомобиля, отсутствует интерес в сохранении застрахованного имущества, ЗАО "МСК Айни" обратилось в суд с иском о признании договора страхования от 26.07.2000 недействительным....

Доводы подателя жалобы об отсутствии у предпринимателя интереса в сохранении застрахованного имущества противоречат положениям статей 646 и 622 Гражданского кодекса Российской Федерации, в соответствии с которыми арендатор несет расходы на содержание транспортного средства, его страхование и при прекращении договора аренды обязан вернуть арендодателю транспортное средство в том состоянии, в котором он его получил. Согласно статье 930 Гражданского кодекса Российской Федерации интерес страхователя в сохранении застрахованного имущества может быть основан на законе, ином правовом акте или договоре. Только отсутствие такого интереса делает договор страхования недействительным. Интерес предпринимателя в сохранении транспортных средств основан на договоре аренды, по условиям которого арендатор в случае гибели или хищения автомобиля обязан возместить арендодателю причиненный утратой имущества ущерб. Материалами дела подтверждается, что предприниматель в добровольном порядке возместил собственнику похищенного автомобиля ущерб, выплатив стоимость автомашины в размере 73 500 руб...."

Точно такой же точки зрения на содержание понятия "страховой интерес" и условий его наличия фактически придерживается и Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ.

Исследуя вопрос о наличии у страхователя, являющегося арендатором застрахованного имущества, интереса в сохранении имущества (страхового интереса), Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации отмечает следующее[\*(490)](#sub_99490).

"В силу статьи 930 Гражданского кодекса Российской Федерации имущество может быть застраховано по договору страхования в пользу лица (страхователя), имеющего основанный на договоре интерес в сохранении этого имущества.

ООО "Привоз" арендует имущество на основании договора аренды от 17.04.95, который действует в течение 15 лет и содержит обязанность арендатора по страхованию.

Следовательно, вывод апелляционной инстанции об отсутствии у страхователя интереса в сохранении имущества и признание недействительным договора на основании статьи 930 Гражданского кодекса Российской Федерации неправомерен, поэтому постановление подлежит отмене.

Решение суда первой инстанции также нельзя признать обоснованным, так как судом неполно исследованы обстоятельства дела.

В результате пожара уничтожено имущество, не принадлежащее ООО "Привоз", однако последнее требует возместить его стоимость в виде выплаты страхового возмещения.

Право на получение страхового возмещения зависит от того, будет ли ООО "Привоз" нести ответственность за гибель имущества перед собственником или неосновательно обогатится.

Для решения вопроса об ответственности перед собственником важно выяснить, несет ли ООО "Привоз" риск случайной гибели имущества (статья 211 ГК), и учесть, что имущество уничтожено вследствие действия непреодолимой силы (статья 401 ГК)...."

Несложно увидеть, что в этом своем постановлении Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ во многом повторяет логику приведенного выше решения Гражданского кассационного департамента Правительствующего сената о страховании имущества лицом, обладающим правом наследуемого пожизненного владения этим имуществом. В постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ при рассмотрении проблемы наличия страхового интереса у страхователя - арендатора имущества есть и фактическое указание на необходимость наличия ущерба у страхователя, и указание как на длительность предполагаемого владения страхователем этим имуществом, так и на многолетнее участие в страховании не собственника имущества, а его арендатора.

В то же время можно признать вполне справедливой критику Ю.Б. Фогельсоном данного постановления[\*(491)](#sub_99491), но только в части терминологии указанного постановления, недостаточно четко согласованной с требованиями норм ст. 932 ГК РФ. Хотя убытки и являются одной из форм ответственности и Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, принимая данное постановление, явно имел в виду страховой интерес страхователя в форме его убытков (переход риска случайной гибели имущества), но на это необходимо было указать более четко.

Определенную вину в сложившейся ситуации со страхованием имущества лицами, имеющими в нем страховой интерес, но не являющимися собственниками данного имущества, несет и законодатель. Нельзя признать удачными слишком жесткие и ограничительные в части их буквального толкования формулировки норм ст. 932 ГК РФ. Кроме того, в законодательстве существуют явные пробелы в регулировании отношений по такому предусмотренному нормами закона виду страхования имущества, когда обязанность страхования не вытекает из закона, а основана на договоре, в том числе обязанность страхования имущества - на договоре с владельцем имущества или на учредительных документах юридического лица, являющегося собственником имущества[\*(492)](#sub_99492).

Результатом жесткости и пробельности указанных норм явилось то, что Высший Арбитражный Суд РФ фактически закрепил в своем решении как правовой обычай правила, ослабляющие данные ограничения[\*(493)](#sub_99493). Без такого толкования этих норм оказалось бы, что конституционная свобода предпринимательской и иной экономической деятельности (в части заключения договора страхования) ограничена законодателем произвольным образом в отношении огромного числа имеющих страховой интерес в имуществе несобственников данного имущества. Здесь особенно важно то, что Высший Арбитражный Суд РФ нашел конституционный смысл соответствующих норм ГК РФ, так как конституционность норм закона оценивается в том числе с учетом смысла, придаваемого этим нормам официальным и иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой[\*(494)](#sub_99494).

В настоящее время существует достаточно большое число объектов недвижимости, право собственности на которые не имеет государственной регистрации, но в отношении которых был заключен и исполнен договор купли-продажи. Ряд данных объектов застрахован их покупателями и поэтому в практике при страховых случаях с таким имуществом возникают споры по поводу наличия у этих страхователей страхового интереса.

Судебная практика обычно не признает отсутствие государственной регистрации соответствующего имущества в качестве доказательства отсутствия страхового интереса. Так, например, Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа, исследуя подобную проблему, указывает на следующее[\*(495)](#sub_99495).

"Как следует из материалов дела, между ДС ОАО "Росгосстрах-Новгород" (страховщик) и предпринимателем Екимовым А.Ф. (страхователь) заключен договор страхования имущества от 02.12.99. Сумма, в пределах которой страховщик обязался выплатить страховое возмещение по договору, составляет 65 000 руб. Событиями, с наступлением которых договор связывает возникновение у ДС ОАО "Росгосстрах-Новгород" обязанности произвести страховую выплату страхователю, являются в соответствии с пунктом 3.1: утрата, повреждение застрахованного имущества вследствие пожара, похищение.

Как видно из материалов дела, предприниматель Екимов А.Ф. является собственником застрахованного имущества, состоящего из строения, которое истец использовал под магазин, двух холодильников и морозильника, что подтверждается договором купли-продажи строения от 06.11.97, накладными от 10.09.98 N 2148 и от 02.02.98 N 1741. Отсутствие государственной регистрации строения, приобретенного до вступления в действие Федерального закона от 17.06.97 "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним", само по себе не может свидетельствовать об отсутствии страхового интереса предпринимателя Екимова А.Ф. в его сохранении. Поэтому довод ДС ОАО "Росгосстрах-Новгород" об отсутствии страхового интереса у предпринимателя Екимова А.Ф. несостоятелен...."

В результате вынесения арбитражными судами подобных решений была сформирована определенная практика, касающаяся страхового интереса, которая обобщена Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ, закрепившим следующие положения[\*(496)](#sub_99496).

"....При возникновении спора о действительности договора страхования имущества в связи с отсутствием интереса у лица, в пользу которого заключен договор, обязанность доказывать отсутствие интереса лежит на лице, предъявившем требование....

3. Интерес в сохранении имущества имеется у его собственника и в том случае, когда обязанность нести расходы по замене утраченного или восстановлению поврежденного имущества возлагается на другое лицо....

4. Суд признал, что договор страхования имущества может быть заключен в пользу лица, имеющего в сохранении этого имущества интерес, основанный на договоре безвозмездного пользования имуществом....

5. Интерес собственника в сохранении имущества не может быть квалифицирован как противоправный исключительно на основании того, что застрахованное имущество в момент заключения договора страхования находилось на территории России с нарушением таможенных правил".

Перейдем теперь к исследованию страхового интереса в личном страховании.

В имущественном страховании размер страхового возмещения всегда зависел от размера реально возникшего ущерба и не мог превышать размера страховой суммы.

В личном страховании ситуация иная. Поскольку в личном страховании размер реально возникшего ущерба определить или сложно, или невозможно, ряд ученых считали, что личное страхование вообще не является страхованием, а в некоторых странах в течение определенного времени в период Средних веков личное страхование вообще было запрещено (Испания, Италия).

Постепенно законодательные системы разных стран стали отходить от требования наличия страхового интереса как возможного ущерба по отношению к личному страхованию. Например, германский законодатель разделил страхование на страхование ущерба (Schadenversicherung) - страхование имущественное, страхование ответственности и страхование суммы (Summenversicherung) - личное страхование), где стороны заранее определяют размер страховой суммы, который является верхним пределом ответственности страховщика.

Постараемся выяснить, так ли существенны различия в этих отраслях страхования, что нельзя говорить о единстве страхования, а следовательно, о едином подходе к правовому регулированию личного и имущественного страхования.

На современном этапе развития страхового права понимать страховой интерес только как возможный убыток не совсем верно. Иначе действительно следует согласиться с К.А. Граве и Л.А. Лунцем в том, что категория "страховой интерес" не является универсальной для страхования в целом, так как ее нельзя в целом ряде случаев использовать в личном страховании. Здесь следует также отметить, что, в частности, И. Степанов, считая главным, ведущим признаком любого страхового договора наличие его цели - возмещения возможного ущерба, пришел к выводу, что личное страхование не является собственно страхованием[\*(497)](#sub_99497).

Представляется, что личное страхование, появившееся значительно позже, чем страхование имущественное, также опирается на понятие "страховой интерес". Однако в личном страховании, где установить конкретный размер возможного ущерба сложно (например, в медицинском страховании) или практически невозможно (например, в случае смерти застрахованного лица), страховой интерес нельзя понимать только как возможный вред, как правило, обладающий определенным размером, установленным соглашением сторон (определенная сумма).

При использовании понятия "страховой интерес" в личном страховании речь скорее идет о втором значении слова "интерес" - "привлекать внимание".

В личном страховании страховой интерес является фактором субъективным, неразрывно связанным с личностью и волей застрахованного лица, что требует предоставления права данному лицу определять наличие или отсутствие подобного фактора в страховых отношениях. Именно поэтому в случаях, когда застрахованное лицо и страхователь не совпадают, для определения наличия или отсутствия страхового интереса требуется согласие застрахованного лица для заключения договора страхования. Это требование закрепили многие законодательные системы стран Западной Европы.

Следует отметить, что в данном случае Закон об организации страхового дела также содержит пробел.

Без установления подобного правила страхование может превратиться в игру: любой может застраховать жизнь другого человека, например, известного киноактера либо политического деятеля, в свою пользу, превратив личное страхование в один из вариантов игры (пари). Это правило не должно действовать лишь в случаях, когда страховой интерес может быть определен объективно: например, при страховании несовершеннолетних детей родственниками, поскольку подобные отношения предполагают наличие внимания и заботы.

Таким образом, понятие страхового интереса действительно объединяет и имущественное, и личное страхование, как совершенно правильно отмечал В.К. Райхер. Именно страховой интерес в конечном счете породил существующий гражданско-правовой институт страхования, одновременно определив и единство его содержания.

# Влияние понятия "страховой интерес" на содержание норм действующего страхового законодательства

Обратимся к действующему российскому страховому законодательству. Указав на наличие имущественного интереса в качестве объекта страхования, при формулировании норм, регулирующих имущественное страхование, личное страхование и страхование ответственности, законодатель не всегда последовательно проводит в жизнь те выводы, которые следуют при применении принципа: нет страхования, если нет страхового интереса.

Рассмотрим нормы, регулирующие имущественное страхование. В соответствии с ныне действующим законодательством страховая стоимость имущества, указанная в договоре страхования, не может быть впоследствии оспорена, за исключением случая, когда страховщик, не воспользовавшийся до заключения договора своим правом на оценку страхового риска, был умышленно введен в заблуждение относительно этой стоимости[\*(498)](#sub_99498).

Подобное содержание данной нормы закона формально позволяет страхователю (выгодоприобретателю) требовать от страховщика страховой выплаты в размере, превосходящем стоимость застрахованного имущества (то есть при отсутствии страхового интереса), в случае когда существовал сговор по поводу завышения стоимости страхуемого имущества между страхователем и работником страховщика, оценивавшим это имущество. Другим минусом приведенной нормы является то, что такую форму вины, как умысел, всегда трудно доказывать. Это также может привести к ситуациям, когда страхование осуществляется на практике в отсутствие страхового интереса. Подобные пробелы в правовом регулировании - явный стимул к страховому мошенничеству.

В то же время ряд норм, установленных российским законодателем для страхования имущества, следует признать закреплением принципа: нет страхования, если нет страхового интереса.

К ним следует отнести правила, устанавливающие, что:

1) ничтожны условия договоров страхования, предусматривающие:

- страхование противоправных интересов;

- страхование убытков от участия в играх, лотереях и пари;

- страхование расходов, к которым лицо может быть принуждено в целях освобождения заложников[\*(499)](#sub_99499),

2) имущество может быть застраховано по договору страхования в пользу лица (страхователя или выгодоприобретателя), имеющего основанный на законе, ином правовом акте или договоре интерес в сохранении этого имущества[\*(500)](#sub_99500);

3) договор страхования имущества, заключенный при отсутствии у страхователя или выгодоприобретателя интереса в сохранении застрахованного имущества, недействителен[\*(501)](#sub_99501);

4) при страховании имущества или предпринимательского риска, если договором страхования не предусмотрено иное, страховая сумма не должна превышать их действительную стоимость (страховую стоимость)[\*(502)](#sub_99502);

5) страховое возмещение не может превышать размера прямого ущерба застрахованному имуществу[\*(503)](#sub_99503);

6) при двойном страховании страховое возмещение, получаемое от всех страховщиков, не может превышать страховой стоимости имущества[\*(504)](#sub_99504);

7) по общему правилу страховщик освобождается от выплаты страхового возмещения или страховой суммы, если страховой случай наступил вследствие умысла страхователя, выгодоприобретателя или застрахованного лица[\*(505)](#sub_99505);

8) страховщик вправе отказать в страховой выплате при получении страхователем соответствующего возмещения ущерба по имущественному страхованию от лица, виновного в причинении этого ущерба[\*(506)](#sub_99506);

9) по общему правилу страховщик освобождается от выплаты страхового возмещения за убытки, возникшие вследствие изъятия, конфискации, реквизиции, ареста или уничтожения застрахованного имущества по распоряжению государственных органов[\*(507)](#sub_99507).

Обратимся к более подробному анализу приведенного выше правила о том, что ничтожны условия договоров страхования, предусматривающие страхование противоправных интересов.

На важность данного правила указывает то, что оно было введено в российское коммерческое страховое законодательство ст. 200 Устава Купеческого Водоходства 1781 г. В то же время практика показала, что жесткость его формулировок не соответствует потребностям практики, и, несмотря на то, что данное правило присутствует в настоящее время в ГК РФ в качестве императивной нормы, сам же этот кодекс предусматривает ряд особенностей в применении этого правила.

Так, например, в качестве одного из видов имущественного страхования предусмотрено страхование ответственности за причинение вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц[\*(508)](#sub_99508). И, несомненно, являются противоправными такие имущественные интересы лица, которые состоят в переложении на иное лицо - страховщика, своих убытков, возникших в результате совершения данным лицом правонарушения.

Казалось бы, подобное страхование в силу общего правила о страховании противоправных интересов должно признаваться ничтожным. Однако страхование ответственности обладает не одним, а двумя объектами страховой охраны[\*(509)](#sub_99509):

1) личные блага потерпевшего - его жизнь и здоровье;

2) имущество лица, застраховавшего свою ответственность (данное лицо не должно будет уплачивать суммы в возмещение вреда).

То есть при причинении вреда жизни, здоровью или имуществу возникают имущественные интересы не только у причинителя вреда (правонарушителя), но и у потерпевшего. И последние интересы вполне правомерны. Ввиду этого законодатель разрешает возможному правонарушителю страховать подобную ответственность, но только не в свою пользу, а в пользу потерпевшего[\*(510)](#sub_99510).

Далее, в соответствии с ныне действующим законодательством в договоре имущественного страхования может быть предусмотрено, что страховщик выплачивает страховое возмещение за убытки, возникшие вследствие конфискации, ареста или уничтожения застрахованного имущества по распоряжению государственных органов - то есть мер, которые являются или могут являться мерами административной ответственности[\*(511)](#sub_99511). Ввиду наличия правила о ничтожности страхования противоправных интересов представляется, что страхование от убытков, возникших вследствие конфискации, ареста или уничтожения застрахованного имущества по распоряжению государственных органов, следует признавать действительным только в том случае, когда подобным страхованием защищаются затронутые такими действиями государственных органов не имущественные интересы самого страхователя-правонарушителя, а правомерные имущественные интересы третьих лиц (например, собственников конфискованного у перевозчика товара).

Вместе с тем законодатель должен более явно установить правила, в соответствии с которыми могут заключаться подобные договоры страхования. К примеру, целесообразно введение правила, в соответствии с которым страхователь-правонарушитель заключает соответствующий договор страхования в пользу того лица, которое имеет правомерный интерес в застрахованном имуществе.

В правоприменительной практике суды отказываются признавать действительными договоры страхования, на основании которых страхователю возмещаются убытки, возникшие в результате возложения на него административной ответственности.

Так, например, Федеральный арбитражный суд Московского округа, рассматривая подобный договор страхования, указал на следующее[\*(512)](#sub_99512).

"...Между истцом как страхователем и ответчиком как страховщиком заключен договор страхования деятельности таможенных перевозчиков от 24 июня 1996 г. N 002-отп-96, согласно условиям которого истец был застрахован от рисков ответственности, связанных с предоставлением услуг в качестве общероссийского таможенного перевозчика грузов и возникших из положений таможенного законодательства РФ, что согласно договору страховым случаем является возложение на страхователя (истца) ответственности по уплате таможенных пошлин, налога на добавленную стоимость, акцизов и других платежей аналогичного характера, штрафных санкций, налагаемых на страхователя (истца) таможенными органами в связи с выдачей груза без разрешения таможенного органа, утратой или недоставлением груза страхователем (истцом) в пункт назначения, которые подлежали бы уплате при таможенном режиме выпуска для свободного обращения или при таможенном режиме экспорта....

Постановлением таможенного органа истец был признан совершившим нарушение таможенных правил, ответственность за которое предусмотрена ч. 1 ст. 254 Таможенного кодекса РФ, и на истца был наложен штраф по факту недоставления товара, а письмом таможни от 11 мая 2000 г. истец был проинформирован об обязанности согласно ст. 40 Таможенного кодекса Российской Федерации уплатить 103 072 руб. 50 коп. таможенных платежей, и эти суммы истец уплатил....

По договору страхования от 24 июня 1996 г. N 002-отп-96 имущественный интерес страхователя заключается в возмещении расходов, понесенных в связи с возложением на страхователя ответственности, применяемой таможенными органами за нарушение таможенных правил, то есть в возмещении расходов, связанных с привлечением к имущественной ответственности за административные правонарушения. Такой интерес нельзя признать правомерным.

Поскольку договор страхования от 24 июня 1996 г. N 002-отп-96 не соответствует требованиям п. 1 ст. 928, ст. 929-933 ГК РФ, он ничтожен.

В заявленном иске о взыскании страхового возмещения следует отказать по мотиву ничтожности договора страхования, на котором основано требование истца...."

Отметим теперь, что законодателем урегулирован вопрос о правовых последствиях гибели имущества либо наступления смерти застрахованного лица, не связанных со страховым случаем. В данном примере явно утрачивается страховой интерес, а потому страховое обязательство прекращается[\*(513)](#sub_99513).

Следует указать на целый ряд пробелов, содержащихся в нормах, регулирующих страхование, восполнить которые можно, только опираясь на использование понятия страхового интереса. Вот ряд примеров, где требуется установить правовые последствия возникающих при осуществлении личного страхования обстоятельств.

В частности, требуется ответ на вопросы: каковы правовые последствия, если объект страховой охраны утрачен на момент заключения договора, нет в живых лица, с жизнью которого связан страховой случай, либо опасность, от которой производится страхование, уже более не угрожает? Очевидно, что во всех этих случаях утрачивается страховой интерес и договор страхования следует признать недействительным.

В заключение рассмотрим, как регулируются отношения, связанные со страховым интересом в ныне действующем зарубежном законодательстве, обратившись к одному из таких самых современных актов - к Гражданскому кодексу Квебека.

В его нормах отношения, связанные с понятием "страховой интерес", получили достаточно подробное правовое регулирование.

Так, например, в соответствии со ст. 2481 Гражданского кодекса Квебека в отношении страхового интереса в имущественном страховании действуют правила, связывающие понятие "страховой интерес" с вредом (ущербом): "Лицо имеет страховой интерес в имуществе, когда утрата имущества может причинить ему прямой и непосредственный вред...."[\*(514)](#sub_99514)

В отношении же страхового интереса в личном страховании в нормах Гражданского кодекса Квебека осуществляется простое перечисление тех лиц, которые безусловно обладают соответствующим страховым интересом[\*(515)](#sub_99515).

"2418. Договор индивидуального страхования является недействительным, когда в момент его заключения страхователь не имеет страхового интереса в жизни или здоровье застрахованного лица, если только застрахованное лицо не дает на это согласие в письменной форме.

С учетом этого правила уступка такого договора недействительна, если цессионарий не имеет требуемого интереса на момент уступки.

2419. Лицо имеет страховой интерес в собственной жизни и здоровье, а также в жизни и здоровье супруга, своих наследников по нисходящей линии и наследников по нисходящей линии своего супруга или лиц, которые принимают участие в его содержании или образовании.

Лицо также имеет интерес в жизни и здоровье своих работников и персонала или лиц, жизнь и здоровье которых представляют для него имущественный или моральный интерес...."

Представляется, что страховой интерес как понятие, выработанное практикой страхования, присутствующее в законодательстве многих стран, позволяющее решать сложные вопросы правового регулирования, должен получить более подробное нормативное закрепление и в действующем российском страховом законодательстве, а не только в правоприменительной практике, как это имеет место в настоящее время.

# Раздел III. Проблемы защиты прав и законных интересов предпринимателей и иных участников имущественного оборота

# О субъективном имущественном праве добросовестного владельца (Гаджиев Г.А.)

# Обоснование защиты прав добросовестного владельца

В судах общей юрисдикции часто рассматриваются иски о признании недействительными договоров купли-продажи квартир (как правило, в связи с нарушением прав несовершеннолетних детей). Применяя содержащиеся в п. 1 и 2 ст. 167 ГК РФ общие положения о последствиях недействительности сделки в части, устанавливающей обязанности каждой из сторон возвратить все полученное по сделке, суды обеспечивали защиту прежних собственников квартир (или их несовершеннолетних детей). Однако при этом оказывались затронутыми права добросовестных приобретателей жилых помещений. Ряд таких приобретателей обратился в Конституционный Суд РФ с просьбой о проверке конституционности положений п. 1 и 2 ст. 167 ГК РФ, полагая, что их применением нарушаются права добросовестных приобретателей, гарантированные ст. 2, 8, ч. 1, 17, ч. 1, 18, 19; ч. 2, 35 и ч. 1, 40 Конституции РФ.

Конституционный Суд РФ признал не противоречащими Конституции РФ содержащиеся в п. 1 и 2 ст. 167 ГК РФ общие положения о последствиях недействительности сделки в части, касающейся обязанности каждой из сторон возвратить другой все полученное по сделке, поскольку данные положения - по их конституционно-правовому смыслу в нормативном единстве со ст. 302 ГК РФ - не могут распространяться на добросовестного приобретателя, если это непосредственно не оговорено законом.

Случаи, когда необходимо обеспечить поиск баланса законных интересов собственников и незаконных, но добросовестных приобретателей, имеют место и при разрешении споров по искам добросовестных приобретателей автомобилей, которые полагали, что приобретенные ими автомобили прошли таможенное оформление, поскольку обладали документами об уплате таможенных сборов продавцами, которые впоследствии оказывались поддельными.

В Определении Конституционного Суда (далее - КС РФ) от 27 ноября 2001 г. N 202-О об официальном разъяснении Постановления КС РФ от 14 мая 1999 г. по делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 131 и ч. 1 ст. 380 Таможенного кодекса РФ[\*(516)](#sub_99516) содержится вывод о том, что положение ч. 1 ст. 380 ГК РФ не может быть истолковано как предусматривающее возможность конфискации товаров и транспортных средств, ввезенных с нарушением таможенных правил у лиц, которые приобрели их в ходе оборота на территории Российской Федерации, если эти лица не могли каким-либо образом влиять на соблюдение требуемых при перемещении товаров и транспортных средств через таможенную границу таможенных формальностей, поскольку не были в тот период участниками каких-либо отношений, включая таможенные отношения, по поводу такого имущества, при том что, приобретая его, они не знали и не должны были знать о незаконности ввоза.

Этот судебный акт привлек внимание к дискуссии о защите прав добросовестных владельцев[\*(517)](#sub_99517). Нет необходимости воспроизводить все аспекты научного спора. Достаточно, на наш взгляд, рассмотреть диаметрально противоположные позиции, определяющие содержание дискуссии.

# Научная дискуссия о правовой природе владения

В.А. Рахмилович пришел к выводу, что ограничение виндикации и возможность приобретения права собственности от неуправомоченного лица должны рассматриваться как один из этапов общей трансформации в праве нового и новейшего времени древнего римского принципа - никто не может передать другому лицу больше прав, чем сам имеет. С точки зрения В.А. Рахмиловича, добросовестный приобретатель еще до истечения срока приобретательной давности становится собственником. К.И. Скловский в своей фундаментальной работе возражает против приобретения добросовестным приобретателем права собственности[\*(518)](#sub_99518). По его мнению, препятствием для возникновения права собственности у добросовестного приобретателя является институт приобретательной давности. К.И. Скловский пишет: "Непонятно, зачем введена приобретательная давность, если добросовестный приобретатель и без истечения указанных в законе сроков становится сразу собственником"[\*(519)](#sub_99519).

Несмотря на значительную доктринальную значимость выводов В.А. Рахмиловича и К.И. Скловского, КС РФ не воспринял ни идею о том, что добросовестный владелец является собственником, ни противоположную ей идею о том, что незаконное добросовестное владение - это фактическое состояние, а не субъективное право[\*(520)](#sub_99520).

Дискуссия о том, является владение правом или фактом, длится уже много веков. В результате сложились две принципиальные и одна компромиссная точка зрения. Полярные полюса - это мнение Павла и Папиниани в римском праве, Дернбурга и Виндшейда в немецком праве, Д.И. Мейера и Г.Ф. Шершеневича в русском гражданском праве. Компромиссная точка зрения принадлежит В.М. Хвостову, который считал, что юридическое владение есть право, однако право с довольно скудным содержанием[\*(521)](#sub_99521). С нашей точки зрения, избранный КС РФ подход в большей мере напоминает позицию В.М. Хвостова.

Прежде всего обратим внимание на то, что КС РФ считает, что по смыслу ч. 2 ст. 35 во взаимосвязи ее со ст. 8, 34, 45, 46 и ч. 1 ст. 55 Конституции РФ права владения, пользования и распоряжения имуществом обеспечиваются не только собственникам, но и иным участникам гражданского оборота. В тех случаях, когда имущественные права на спорную вещь, возникшие на предусмотренных законом основаниях, имеют другие, помимо собственника, лица - владельцы и пользователи вещи, этим лицам также должна быть гарантирована государственная защита их прав. К числу таких имущественных прав, по мнению КС РФ, относятся и права добросовестных приобретателей.

На первый взгляд это положение может показаться крайне спорным. Толкуя конституционную норму ч. 2 ст. 35, КС РФ в качестве самостоятельных имущественных прав рассматривает собственность (которая предполагает обладание такими правомочиями, как владение, пользование и распоряжение) и владение. Получается, что ст. 35 Конституции РФ гарантирует государственную защиту не только субъективного конституционного права частной собственности, но и широкого спектра различных имущественных прав. Очевидно, что такое истолкование очень напоминает интерпретацию конвенционной нормы об уважении собственности, содержащейся в ст. 1 Протокола N 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод (заключена в г. Риме 4 ноября 1950 г.//СЗ РФ. 2001. N 2. Ст. 163).

Однако не повлечет ли такая интерпретация и государственную защиту владения вора? Нет. Есть одна принципиальная деталь, на которой, собственно, и построены все последующие логические рассуждения КС РФ: о добросовестных владельцах как обладателях именно имущественного права можно говорить только с учетом того, что они являются участниками гражданского оборота. При внимательном изучении текста Постановления КС РФ о проверке конституционности ст. 167 ГК РФ становится понятным, почему и в Определении КС РФ от 27 ноября 2001 г. (см. ранее) признание прав добросовестными приобретателями нерастаможенных автомобилей увязывается с их приобретением "в ходе оборота"! Оговорка о гражданском обороте во многом объясняет, почему в результате судебного решения состояние фактического незаконного владения превращается в субъективное имущественное право добросовестного владельца.

# Правовой характер добросовестного владения

Доказательства того, что добросовестное владение - это не просто фактическое состояние, но и имущественное право, можно обнаружить с помощью системно-логического толкования норм ГК РФ. В п. 2 ст. 234 ГК РФ содержится норма, в соответствии с которой до приобретения на имущество права собственности в силу приобретательной давности лицо, владеющее имуществом как своим собственным, имеет право на защиту своего владения против третьих лиц, не являющихся собственниками имущества, а также не имеющих прав на владение им в силу иного предусмотренного законом или договором основания. Как известно, право на защиту является всего лишь элементом - правомочием, входящим в содержание всякого субъективного гражданского права. Этот элемент основного содержания субъективного права оказывается востребованным, когда другие элементы права подпадают под угрозу, т.е. когда субъективное право находится в особом, нарушенном состоянии. Таким образом, положение о "праве на защиту своего владения" из п. 2 ст. 234 ГК РФ в системной связи со ст. 11 ГК РФ, предусматривающей судебную защиту нарушенных гражданских прав, должно пониматься как признание гражданским законодательством того, что добросовестный владелец обладает неким субъективным имущественным правом.

На это обстоятельство обратил внимание и К.И. Скловский. Он точно подметил, что возрождение в российском законодательстве приобретательской давности (ст. 234 ГК) заставляет обсудить вопрос, не возникло ли здесь право владения, если имеется исковая защита. По его мнению, владение по приобретательской давности не защищается ни от собственника, ни от титульного владельца. А поэтому им делается вывод, что такое владение не может быть противопоставлено этим правам как другое субъективное право, а в сопоставлении с ними выступает лишь как факт. Отсюда и признание справедливым утверждения Д.И. Мейера: "Пока давность не привела к этому праву, нет никакого имущественного права". Однако в этом же месте в монографии К.И. Скловского можно обнаружить его сомнения в непоколебимости этого суждения, поскольку он пишет: "Если полагать, что право на иск само по себе позволяет считать отношение из ст. 234 ГК РФ правом, то это право в любом случае не имеет таких черт, которые позволяют считать его абсолютным (поскольку оно не защищается от любого лица) и вещным (поскольку оно не передается вместе с вещью, а переходит только в порядке личного правопреемства)"[\*(522)](#sub_99522).

По всей видимости, не случайно КС РФ утверждает, что добросовестный владелец обладает субъективным правом, называя его достаточно абстрактно имущественным правом.

С нашей точки зрения, это имущественное право является новым вещным правом. В силу обладания этим правом добросовестный владелец приобретает возможность непосредственно воздействовать на вещь и отражать посягательство на свое право со стороны третьих лиц. При этом непосредственное воздействие на вещь не следует понимать только как "держание в руках", как физическое обладание вещью. Владение добросовестного приобретателя в отличие от простого держания предполагает определенную меру имущественной власти.

Не препятствует признанию рассматриваемого субъективного права вещным то обстоятельство, что оно ограничено во времени в отличие от большинства абсолютных прав. В конце концов, временный характер права пожизненного наследуемого владения не мешает признавать его вещным.

Очевидной особенностью права добросовестного владения является специфика основания его возникновения. В отличие от других вещных прав непременным условием для его возникновения является наличие в сложном юридическом составе, влекущем возникновение данного права, судебного решения, в силу которого оно и возникает. Пока не состоится судебное решение в пользу добросовестного владельца, его состояние определяется как незаконное добросовестное владение. При этом в силу ограничений на виндикацию у добросовестного приобретателя появляется субъективное имущественное право. Обязательность наличия судебного акта обусловливается тем, что установление добросовестности - это акт правосудия, которое в силу ч. 1 ст. 118 Конституции РФ осуществляется только судом. Новое имущественное право добросовестного приобретателя возникает и в случае истечения срока давности по виндикационному иску (ст. 199 ГК РФ). Добросовестность владения должна подтверждаться судом с помощью определенных юридических фактов[\*(523)](#sub_99523).

# Дискуссия о перечне вещных прав

Е.А. Суханов считает, что "перечень вещных прав в отличие от прав обязательственных является закрытым и не может включить права, прямо не предусмотренные законом"[\*(524)](#sub_99524). Мы считаем, что закрытый перечень вещных прав противоречил бы общедозволительной по своей природе норме ч. 2 ст. 35 Конституции РФ. С.С. Алексеев рассматривал категорию "исчерпывающий перечень в праве" в качестве важного технико-юридического приема, позволяющего достигнуть большой степени точности в регулировании общественных отношений, исключить неопределенность[\*(525)](#sub_99525). Однако применять эту технико-юридическую категорию в отраслевом законодательстве надо очень осторожно, чтобы не выхолостить общедозволительное начало конституционного права. Статья 35 Конституции РФ не препятствует признанию новых вещных, но известных ГК РФ прав. Безусловно, для романо-германского типа права характерна иная эволюция субъективных прав - они возникают на основе норм объективного права. Есть сфера общественных отношений, в которых субъективные права могут возникать только на основе позитивного права. Социальные права никак не могут появиться из общественных отношений. Иное дело - сфера гражданского оборота, где в связи с общедозволительным типом правового регулирования возникновение субъективных имущественных прав может быть иным, когда субъективное имущественное право подтверждается решением суда.

# Особенности защиты прав собственника и добросовестного приобретателя

Итак, Конституционный Суд РФ в постановлении о проверке конституционности положений ст. 167 ГК РФ признал имущественное право добросовестного приобретателя.

В резолютивной части постановления зафиксировано, что положения ст. 167 ГК РФ в их конституционно-правовом истолковании означают, что они не могут распространяться на добросовестного приобретателя, если это непосредственно не оговорено законом. Значит ли это, что КС РФ не считает возможным применение ст. 167 ГК РФ в случае, если жилое помещение или иное имущество истребуется собственником у любого добросовестного приобретателя? Можно ли понять постановление КС РФ как явно выраженный приоритет имущественного права добросовестного приобретателя над правом собственности? Полагаем, что такое понимание постановления КС РФ носило бы чрезмерно прямолинейный характер. И если раньше суды общей юрисдикции пренебрегали применением гражданско-правовых норм, ограничивающих право собственников на виндикацию, отдавая предпочтение применению положений ст. 167 ГК РФ, предусматривающих реституцию, то буквальное понимание постановления КС РФ опасно как иная крайность.

На самом деле КС РФ не высказал мнения о приоритете имущественного права добросовестного приобретателя, обеспечиваемого с помощью норм об ограниченной виндикации (ст. 302 ГК РФ). В п. 3 мотивировочной части (абз. 1) Постановления КС РФ подтверждается, что Гражданский кодекс РФ - в соответствии с вытекающими из Конституции РФ основными началами гражданского законодательства (п. 1 ст. 1 ГК РФ) - не ограничивает гражданина в выборе способов защиты нарушенного права и не ставит использование общих гражданско-правовых способов защиты в зависимость от наличия специальных, вещно-правовых способов; граждане и юридические лица в силу ст. 9 ГК РФ вправе осуществить этот выбор по своему усмотрению.

Право на выбор способа государственной защиты прав и свобод можно вывести и из основного содержания конституционного права, предусмотренного ст. 45 Конституции РФ.

Реституция, как справедливо отметил К.И. Скловский, является очень своеобразным требованием по своей юридической природе: не являясь ни вещным, ни обязательственным, оно имеет сильный публично-правовой элемент, т.е. не является чисто частноправовым средством защиты[\*(526)](#sub_99526). Виндикация, напротив, представляет собой типичное частноправовое средство защиты. Применение реституции с ее значительным публично-правовым элементом не всегда позволяет обеспечить баланс законных интересов собственника и добросовестного приобретателя.

Для того чтобы обеспечить искомое равновесие в определенных случаях, предпочтительной является виндикация. Собственники, стороны в договоре, третьи лица, добросовестные приобретатели - все это участники гражданского оборота. Исходя из общеправового принципа справедливости, защита прав собственника и имущественного права добросовестного приобретателя должна осуществляться на основе соразмерности и пропорциональности, с тем чтобы был обеспечен баланс прав и законных интересов всех участников гражданского оборота (абз. 4 п. 2 мотивировочной части Постановления КС РФ от 21 апреля 2003 г. N 6-П//СЗ РФ. 2003. N 17. Ст. 1657). Осуществляя регулирование оснований возникновения и прекращения права собственности и других вещных прав, договорных и иных обязательств, оснований и последствий недействительности сделок, федеральный законодатель должен предусматривать такие способы и механизмы реализации имущественных прав, которые обеспечивали бы защиту не только собственникам, но и добросовестным приобретателям как участникам гражданского оборота (абз. 6 п. 2 мотивировочной части постановления КС РФ от 21 апреля 2003 г.).

Для того чтобы установить, в каких случаях приоритет должен отдаваться защите права собственника, а в каких - праву добросовестного приобретателя, КС РФ предложил судам использовать в качестве объективного критерия (теста) два конституционных принципа:

1) принцип соразмерности и пропорциональности;

2) принцип стабильности гражданского оборота.

Ключевое для понимания смысла правовой позиции КС РФ положения содержится в последних двух абзацах п. 3.1 мотивировочной части постановления КС РФ.

Права лица, считающего себя собственником имущества, не подлежат защите путем удовлетворения иска к добросовестному приобретателю с использованием правового механизма, установленного п. 1 и 2 ст. 167 ГК РФ. То есть если между собственником имущества и добросовестным приобретателем не было заключено договора, то последнего надо рассматривать как третье лицо, которому нельзя предъявлять иск о признании сделки недействительной и о применении последствий признания сделки недействительной. Такая защита возможна лишь путем удовлетворения виндикационного иска, если для этого имеются те предусмотренные ст. 302 ГК РФ основания, которые дают право истребовать имущество и у добросовестного приобретателя (безвозмездность приобретения имущества добросовестным приобретателем, выбытие имущества из владения собственника помимо его воли и др.).

Иное истолкование положений п. 1 и 2 ст. 167 ГК РФ означало бы, что собственник имеет возможность прибегнуть к такому способу защиты, как признание всех совершенных сделок по отчуждению его имущества недействительными, т.е. требовать возврата полученного в натуре, не только когда речь идет об одной (первой) сделке, совершенной с нарушением закона, но и когда спорное имущество было приобретено добросовестным приобретателем на основании последующих (второй, третьей, четвертой и т.д. сделок).

Таким образом, появляется объективный критерий - количество заключенных сделок между собственником и добросовестным приобретателем. Цепочка этих сделок - это часть гражданского оборота, стабильность которого должна поддерживаться как конституционным, так и гражданским правом. При наличии в этой цепочке нескольких звеньев интересы добросовестного приобретателя начинают перевешивать право собственника, ибо в интересе приобретателя объективируется идея стабильности гражданского оборота.

# О составляющих понятия "Экономическое правосудие" (Клеандров М.И.)

Развитие российского предпринимательского права как в целом, так и отдельных его институтов и норм невозможно без адекватного развития организационно-правового механизма экономического правосудия, призванного быстро и надежно обеспечить защиту прав и интересов участников экономических правоотношений в случае их нарушения либо оспаривания. Больше того, необходимо гарантированное обеспечение и охрана этих прав и интересов, когда они не нарушаются и не оспариваются. Но такое адекватное совершенствование невозможно, во всяком случае оно будет заведомо недостаточным без выявления совокупного и развернутого ответа на вопросы: а что это такое - экономическое правосудие в современной России? Из каких составляющих состоит механизм экономического правосудия? Какие рычаги приводят его в действие? В каком соотношении находятся экономическое правосудие и такой институт, как предпринимательское и коммерческое право, который обеспечивает защиту прав и интересов предпринимателей и которому в современной учебной литературе отводится достаточно значительное место[\*(527)](#sub_99527), и т.д.

Поиску ответов на эти вопросы и посвящена данная работа. И для начала обратимся к коренному, базовому вопросу: что есть правосудие в целом?

В современной юридической энциклопедической литературе под правосудием принято понимать особый вид государственной (публичной) деятельности, состоящий в том, что независимый, беспристрастный и справедливый суд (суды) на основе закона рассматривает и разрешает правовые споры и дела, отнесенные к его ведению в установленных законом правовых формах; и здесь различают гражданское, уголовное, административное, арбитражное и конституционное судопроизводство[\*(528)](#sub_99528). В другой энциклопедической работе под правосудием понимается осуществляемая судом правоохранительная деятельность по рассмотрению и разрешению гражданских и уголовных дел при неуклонном соблюдении требований закона и установленного им порядка, обеспечивающих законность, обоснованность, справедливость и общеобязательность судебных решений[\*(529)](#sub_99529). Еще в одной энциклопедической работе сказано, что правосудие (англ. - justuce) - совершаемая в процессуальном порядке правоприменительная деятельность суда по рассмотрению и разрешению гражданских и уголовных дел, а также экономических споров в целях охраны прав и интересов граждан, организаций и государств[\*(530)](#sub_99530).

Высказано также мнение, согласно которому правосудие - основная функция судебной власти, осуществляемая ее органами - судами, судьями, наделяемыми соответствующими полномочиями в порядке, установленном Конституцией РФ и Федеральным конституционным законом от 31 декабря 1996 г. N 1-ФКЗ "О судебной системе Российской Федерации"[\*(531)](#sub_99531) (далее - Закон о судебной системе). При этом сущность правосудия состоит в рассмотрении отнесенных к компетенции судов правовых конфликтов (экономических споров по вопросам гражданского права, о соответствии законов Конституции РФ), дел об уголовных преступлениях и административных правонарушениях и принятии решений, имеющих общеобязательное значение и подлежащих в необходимых случаях исполнению с применением государственного принуждения[\*(532)](#sub_99532); причем здесь отмечается: "Споры специалистов о том, можно ли ставить знак равенства между судопроизводством и правосудием, на наш взгляд (автор статьи о правосудии в этом издании - А.Д. Бойков. - Примеч. авт.), могут завершиться положительным ответом, если принять во внимание, что все эти виды судопроизводства (включая арбитражные как часть гражданского судопроизводства) осуществляются судами в специальной процессуальной форме, завершаются общеобязательным решением (постановлением, приговором)".

В этом определении есть маленькая неточность - арбитражное судопроизводство не является частью гражданского хотя бы потому, что в последние годы арбитражные суды страны рассматривают экономических споров, вытекающих из административных правоотношений, существенно больше, чем экономических споров, вытекающих из гражданских правоотношений, не считая рассмотрения иных дел, отнесенных законом к их ведению. Но есть в нем и большая неточность - ставить знак равенства между судопроизводством и правосудием нельзя, ибо здесь соотношение части и целого, но об этом ниже.

В специальной - по этой теме - работе, которой более четверти века (т.е. написанной до появления арбитражных судов) и тем не менее представляющей немалый интерес, под правосудием понимался самостоятельный вид государственной деятельности, состоящий в том, что особый независимый орган государства, суд, рассматривает в установленных законом процессуальных формах и разрешает на основе закона, правосознания и внутреннего убеждения уголовные и гражданские дела, принимая по ним от имени государства решения о защите и восстановлении нарушенного права, а при необходимости - и о применении санкций к виновным или об отсутствии правонарушения, которое предполагалось, и неприменении санкций, а также о наличии (отсутствии) юридически значимых фактов (по гражданским делам); при этом исполнение указанных решений после их вступления в законную силу обеспечивается возможностью государственного принуждения[\*(533)](#sub_99533).

О понятии правосудия есть высказывания и в иных юридических энциклопедических изданиях[\*(534)](#sub_99534), где также обращается внимание на те или иные формы государственной деятельности, осуществляемой судом в процессуальной форме (порядке) и на основе конституционных принципов, и т.д. Есть много авторских определений этого понятия, определенную их подборку осуществили П.А. Попов[\*(535)](#sub_99535), Б.Д. Завидов[\*(536)](#sub_99536), Л.С. Мирза[\*(537)](#sub_99537). Можно уверенно охарактеризовать правосудие как способ осуществления государственной власти, точнее - ее судебной ветви.

Правосудие, как это наглядно следует из написания этого слова, состоит из двух частей: право и суд, при этом, вне сомнения, коренным словом в этом словообразовании является суд, а в целом понять его можно как правый (в смысле - основанный на праве) суд. Именно такая формулировка и закреплена в ст. 118 (ч. 1) Конституции РФ: правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом.

Следует отметить, что словом "суд" также обозначаются понятия, не относящиеся к тому, что будет рассматриваться ниже, которые ни в какой части не входят в понятие "правосудие" либо входят только частично. Например, спортивные судьи, у которых своя социальная ниша и сходная с обычными судьями задача - судить действие, совершенное людьми, рассуживать их. Говорят и о Высшем Суде, Божьем Суде, Страшном Суде, вкладывая в эти понятия особый, библейский, смысл, подчеркивая, что этот суд - уже не людской, не человеческий и все судебные процедуры там, включая сбор и оценку доказательств содеянного конкретным человеком, берут на себя высшие силы, свободные от человеческой предвзятости.

Однако понятие "суд" в сугубо юридическом значении - иное, и опирается оно на то, что создано, сформировано, а до этого - сформулировано именно людьми и ими же закреплено в законах и иных правовых предписаниях. Отсюда вывод - людскому суду столько же лет, сколько и человеческому обществу. Существует мнение о божественной природе судебной власти, опирающееся на анализ текста Библии, в соответствии с которым судебной власти уже почти 3 тыс. лет[\*(538)](#sub_99538), при этом описанное в "Книге Судей" Ветхого Завета отделение суда от племенных вождей, советов старейшин и народных собраний было первым прообразом разделения властей[\*(539)](#sub_99539). Высказана и обоснована точка зрения, согласно которой судебная власть является - с исторических позиций - первой ветвью государственной власти[\*(540)](#sub_99540). Соответствующему этапу развития общества соответствует и определенный механизм правосудия - в его организационно-правовом оформлении. Можно даже сделать осторожный вывод: чем более развито общество, тем более развита в нем судебная система и соответственно более сложен механизм правосудия. Естественным представляется поэтому и следующий вывод - с развитием российского общества, его государственных институтов более сложными, более специализированными станут и судебная система России, и структура российских судебных органов, и процессуальный регламент, которым суды в своей деятельности руководствуются; а судейский корпус, состоящий из людей, непосредственно вершащих правосудие, будет иным - лучшим.

Впрочем, для обратного утверждения о том, что если в государстве много специализированных судебных органов, то оно является развитым, нет достаточных, не допускающих исключений оснований. Петр I в 1718 г. начал проводить реформы местного общего суда, который сделал довольно структурированным, а также создал системы "особенных" судов: городских, военных, церковных и иных, при этом сохранялись "специальные" крестьянские суды[\*(541)](#sub_99541), но вряд ли можно сказать, что Россия при Петре I была развитым правовым государством, хотя к реформе 1864 г. в России было уже 14 судебных инстанций. Однако в сравнении с тем, что было до того: Правильнее было бы говорить об адекватности государства (на определенном этапе его развития) и механизма правосудия, прежде всего - судебной системы этого государства в форме ее организационного построения и процессуальных основ деятельности. Более того, иногда суды, для того чтобы вершить правосудие в интересах общества, принимали форму тайных от государства организаций. В Вестфалии на рубеже ХII-ХIII вв. из-за резкого ослабления имперской юрисдикции и узурпации власти местными владетельными князьями один из архиепископов Кельна возродил старую систему местных судов, выносивших приговоры от имени императора, придав ей форму тайной организации. Этот суд получил наименование суд фема (от древнегерманского fema - осуждение); в народе его также именовали вольным судом, а их членов - вольными судьями; существовал фемический кодекс, хранящийся в Дортмунде. В США в ХIХ в. и позже существовал суд Линча - тоже явно не государственное волеизъявление. Что такое самосуд - знают и в России.

Можно сказать: правосудие в России осуществляется специально созданными для этого органами, в совокупности составляющими сложную судебную - в самом широком понимании этого слова, далеко выходящем за рамки понятия, закрепленного в Законе о судебной системе, - систему. Одно только это не позволяет согласиться с приведенной выше точкой зрения о тождестве понятий правосудия и судопроизводства. Впрочем, мнение о тождестве этих понятий высказывается не только в энциклопедической юридической, но и в научной литературе, например И.Б. Михайловской[\*(542)](#sub_99542). В науке, как известно, приветствуются различные точки зрения, особенно если они аргументированы, и приведенная - не исключение. Но все-таки, как представляется, не менее важной компонентой понятия правосудия наряду с судопроизводством является понятие судоустройство.

Само собой разумеется, понятие "судопроизводство" также является важной и неотъемлемой компонентой понятия "правосудие". Но на вопрос: как делать (в смысле - как, в каких процессуальных формах вершить правосудие), невозможно дать ответ без уяснения того, какие органы и структуры в рамках каких координат и, главное, с какими полномочиями, в границах какой компетенции будут это делать (в смысле - осуществлять правосудие). Рассматриваемое в самом широком, заведомо неусеченном виде понятие судопроизводство включает и вне-, и досудебные формы урегулирования споров, и более общо - защиту нарушенных прав и законных интересов обращающихся за защитой, и процессуальную базу альтернативных форм урегулирования споров, и процессуальную основу деятельности на территории России либо с ее участием (участием граждан, субъектов хозяйствования и т.п.) международных судов.

Не менее важна третья компонента понятия "правосудие" - кто его непосредственно осуществляет? В смысле - каков судейский корпус, судьи и персональный судья, вершащий правосудие? В.Ф. Яковлев отмечает: судоустройство не является определяющим фактором правосудия; общечеловеческие стандарты предполагают доступное, быстрое, качественное и эффективное правосудие; в основе правосудия должны лежать независимость, беспристрастность и ответственность судей[\*(543)](#sub_99543).

И рассматриваемое в самом широком виде понятие статуса судьи, т.е. человека, непосредственно осуществляющего правосудие, включает в себя, помимо государственных судей, арбитражных, народных и присяжных заседателей, третейских судей, людей, руководящих примирительными процедурами спорящих сторон, и пр. Сюда же определенно следует включить систему органов судейского сообщества - достаточно уникальные (и в мировом масштабе, и с точки зрения хронологии) двухъярусные образования, наделенные федеральным законодательством серьезными государственными полномочиями, но одновременно содержащие в себе достаточно обширные элементы общественных организаций.

Разумеется, центральной и основной фигурой в этом понятии является государственный судья, ибо на него приходится основная задача реализации функции осуществления судебной власти с учетом понимаемых в единстве места в системе судоустройства и деятельности на основе правил судоустройства. Академик РАН Б.Н. Топорнин подчеркнул: "Правы те, кто полагает, что оба понятия - судебная власть и правосудие - используются как синонимы. Когда говорят "судебная власть", подразумевают осуществление правосудия, а когда применяют термин "правосудие", имеют в виду всю совокупность структур и процедур, свойственных судебной системе"[\*(544)](#sub_99544).

Важным является принцип независимости российских судей, закрепленный Конституцией РФ и детализированный, в частности, в Законе РФ от 26 июня 1992 г. N 3132-I "О статусе судей Российской Федерации"[\*(545)](#sub_99545). Законом предусмотрено, что гарантии независимости судьи, включая меры его правовой защиты, материального и социального обеспечения, распространяются на всех судей в России и не могут быть отменены и снижены нормативными актами РФ и ее субъектов. В законе четко оговорено: всякое вмешательство в деятельность судьи по осуществлению правосудия преследуется по закону, а судья не обязан давать каких-либо объяснений по существу рассмотренных или находящихся в производстве дел, а также представлять их кому бы то ни было для ознакомления, иначе как в случаях и порядке, предусмотренных процессуальным законом. В законе прямо провозглашено: в своей деятельности по осуществлению правосудия судьи никому не подотчетны, проявление неуважения к ним (или к суду) влечет установленную законом ответственность, а требования и распоряжения судей при осуществлении ими полномочий обязательны для всех без исключения государственных органов, общественных объединений, должностных лиц, других юридических лиц и физических лиц, при этом информация, документы и их копии, необходимые для осуществления правосудия, предоставляются по требованию судей безвозмездно, а неисполнение требований и распоряжений судей влечет установленную законом ответственность.

Но перечисленное законодательное оформление независимости судей и судебной власти в целом в нашей стране еще не наполнено адекватным - соответствующим тексту законов - содержанием. Больше того, предстоит долговременная и серьезная работа по имплементации норм Совета Европы в наше законодательство и нашу судебную практику, и в первую очередь - относящихся к правосудию. То же следует сказать и о соответствующих актах ООН, прежде всего - Основных принципах независимости судебных органов (принятых Седьмым конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, Милан (Италия), 26 августа - 6 сентября 1985 г.; одобренных резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН от 29 ноября 1985 г. N 40/32 и от 13 декабря 1985 г. N 40/146) и Резолюции Экономического и социального совета ООН от 24 мая 1989 г. N 1989/60 "Процедуры эффективности осуществления Основных принципов независимости судебных органов".

Вместе с тем принцип независимости судей имеет две стороны:

1) судья независим при осуществлении правосудия;

2) судья одновременно зависим от необходимости при осуществлении правосудия строго соблюдать действующее законодательство.

Сейчас это положение вещей представляется не только законным, но и прямо вытекающим из Конституции РФ 1993 г., провозгласившей принцип разделения властей. Однако сравнительно недавно - по историческим меркам, - с 1928 по 1934 г., в России не только не было речи о таком принципе в распределении сфер государственных полномочий, но и наоборот - судебная власть по закону, точнее, на основании постановления ВЦИК и СНК РСФСР от 30 января 1928 г., подчинялась исполнительной. Выражалось это в том, что Председатель Верховного Суда РСФСР являлся по должности заместителем народного комиссара юстиции (наряду с прокурором Республики) и судебное управление осуществляли организационно-инструкторские управления Наркомюста. Впрочем, что такое УСО (управление судебных органов) Минюста РСФСР и как оно руководило судами в 1970-1980 гг., хорошо помнят люди, работавшие в судах того времени. И обычно вспоминают это время с ужасом. Справедливости ради следует сказать, что есть и противоположная точка зрения - на основе обобщения и теоретического анализа опыта деятельности Министерства юстиции в период 1970-1992 гг. обосновывается благотворная роль Минюста в деле руководства судами[\*(546)](#sub_99546).

Но статус российского судьи - это форма, точнее, набор выработанных и соблюдаемых формализованных, цензовых и иных требований к кандидатуре судьи. Содержанием же его является весь сложнейший комплекс профессиональных и психофизиологических характеристик, морально-нравственных качеств, свойств души, черт характера и т.д. конкретного человека, наделяемого властью вершить правосудие. Из таких высокоорганизованных сущностей (если так можно охарактеризовать человека) и формируется судейский корпус. И, как представляется автору данной работы, третья составляющая понятия "правосудие" - статус судьи (в самом широком понимании этого слова) является не менее важной составляющей, чем две другие - судоустройство и судопроизводство. И лишь эта триада в единстве позволяет охарактеризовать правосудие в полном объеме и всесторонне, если ее рассматривать не в статике, а в динамике.

Можно уверенно заявить: правосудие, в том числе экономическое, - продукт исторического развития конкретного общества, и его в принципе невозможно заимствовать из общества другого, пусть самого продвинутого в этой сфере, государства. Оно для каждого общества, для каждого государства - самобытно, оно - плод общества и в силу этого обстоятельства развиваться может только в естественном, органичном для данного общества режиме. Противоестественные, ультрареволюционные реформы в правосудии не будут успешными, если они не подготовлены предшествующим историческим развитием, если общество для них не созрело.

Сама постановка подобной проблемы, в немного более общем виде, появилась не вчера: еще полтораста лет назад известный правовед Ф.М. Дмитриев отмечал: "Определить исторические особенности русского судопроизводства, показать, что в них было случайного и что существенного, - вот обязанность науки права. Труды подобного рода могут со временем иметь благотворное влияние на саму практику, которая только в сближении с наукой может заимствовать новые силы"[\*(547)](#sub_99547). Насколько это пожелание реализовалось и в какой мере поставленная этим автором задача решена - вопрос открытый.

В целом же научных исследований по проблематике истории российского экономического правосудия немного, как дореволюционных[\*(548)](#sub_99548), так и современных[\*(549)](#sub_99549). Да и в общем история российского правосудия, как и история любой иной ветви российской (именно!) государственной власти, далека от полноценного раскрытия всех своих тайн и закономерностей, хотя исследования в этой области интенсивно велись еще в ХIХ в.[\*(550)](#sub_99550), ведутся они и сегодня[\*(551)](#sub_99551), кроме того, издаются широко известные одно- и десятитомники истории российского законодательства, где есть немало документов об истории российского правосудия, и совсем недавно был издан объемный целевой шеститомник истории судебной власти в России[\*(552)](#sub_99552). Но тем не менее история экономического правосудия России как научно-правовая (а не научно-историческая) проблема ждет своего всеобъемлющего исследования. Небезынтересно, что в вышедшем в 2003-2004 гг. двухтомнике В.И. Власова "История судебной власти в России"[\*(553)](#sub_99553) экономическое правосудие рассматривается лишь в период после создания в 1992 г. арбитражных судов. Да и в вышедшем в 2003 г. шеститомнике "Судебная власть в России" отдельными блоками выделены даже истории церковного и военного правосудия (не считая иных), но блока истории экономического правосудия нет. Нет в нем, к сожалению, и блоков, посвященных истории альтернативного, не государственного правосудия. Хотя в этом сегменте истории правосудия (не экономического и не государственного) можно встретить много с чисто познавательных позиций любопытного. Например, как "расшифровать" и "перевести" на профессионально-правовой язык маленькую заметку, опубликованную в газете "Московские ведомости" за 19 января 1904 г.: "В Петербурге много говорят о дуэли между поручиком В. и студентом Императорской военно-медицинской академии. Дуэль состоялась по постановлению (!? - М.К.) военного суда чести. В. серьезно ранен...." Или как было исполнено - в документах и в реальности - требование, содержащееся в постановлении Совета министров СССР и ЦК ВКП(б) от 28 марта 1947 г. о судах чести в министерствах СССР и центральных ведомствах (подписанном И. Сталиным и А. Ждановым): в первую очередь в двухнедельный срок организовать суды чести в трех министерствах, в том числе - в Министерстве здравоохранения СССР? И так далее. Справедливости ради следует сказать, что процесс исследований, правда не в направлении (а иногда - и в рассматриваемом здесь направлении)[\*(554)](#sub_99554), ограниченном лишь специализированными судебными органами, а в более широком спектре, идет, причем с использованием наиболее прорывных научных технологий: защитами кандидатских[\*(555)](#sub_99555) и докторских[\*(556)](#sub_99556) диссертаций.

"Прошлое интересует нас не потому, что оно прошло, но потому, что, уходя, не умело убрать своих последствий", - так объяснял известный русский историк В.О. Ключевский пользу и смысл изучения истории[\*(557)](#sub_99557). Действительно, "последствия" свершений судебных органов, осуществляющих экономическое правосудие, действующих в древней, средневековой, новой и новейшей истории России, интересуют нас не сами по себе, хотя и это интересно и познавательно, но потому, что "новое - это хорошо забытое старое": прежние формы, методы, способы, приемы и т.п. осуществления экономического правосудия способны с той или иной степенью корректировки обеспечить повышение эффективности современного и будущих организационно-правовых механизмов защиты прав и законных интересов участников экономических отношений. Именно в этом - в определении преемственности судебных и связанных с ними механизмов экономического правосудия в России - смысл изучения и исследования развития организационно-правового механизма защиты прав и законных интересов участников экономических интересов в нашей стране - естественно, в русле ее исторических преобразований.

Есть основания полагать, что в своем развитии, строго говоря, не всегда с соблюдением формальной преемственности, экономическое правосудие в России прошло четыре периода, точнее, четвертый период, начавшийся в конце 1991 - начале 1992 г., продолжается и ныне и каких-либо признаков его завершения не усматривается. Периодизацию же истории всей судебной власти России В.И. Власов рассматривает следующим образом.

I. Предыстория возникновения судебной деятельности (до IХ в.).

II. Собственно история судостройства и судопроизводства:

1) княжеского периода (IХ-ХV вв.);

2) периода централизованного государства (ХV-ХVII вв.);

3) периода империи (начало ХVIII - первая половина ХIХ века);

4) дореформенного периода (1864-1917 гг.);

5) советского периода (1917-1993 гг.).

III. Постистория (после 1993 г.)[\*(558)](#sub_99558).

Но это - не периодизация истории экономического правосудия в России.

Исследователь же истории развития именно хозяйственной юрисдикции в России А.М. Гребенцов выделяет пять этапов, полагая, что каждый из них имеет свою специфику:

- с ХV в. по первую четверть ХIХ в.;

- с первой четверти ХIХ в. до 1917 г.;

- с 1917 г. до начала 30-х гг. ХХ в.;

- с 1931 г. до начала 90-х гг. ХХ в.;

- с 1991 г. по настоящее время[\*(559)](#sub_99559).

С базовыми для хронологической дефиниции годами 1917 и 1991 следует полностью согласиться, остальные этапные годы, указанные А.М. Гребенцовым, представляются недостаточно выверенными, как и неуказание им на знаковый - в контексте исследуемой проблемы - 1831 г.

Важно при этом учесть, что сама по себе защита прав и законных интересов такого непростого субъекта, как участник экономического отношения, осуществляемая посредством разрешения споров, именно экономических, т.е. специфических по своей правовой природе, - задача непростая и требует довольно узкой специализации и особо высокого профессионализма. И она, эта задача, издавна решалась именно специализированными и профессиональными структурами (именно так, не отдельными, специализирующимися на таких делах судьями), причем специализированность и профессионализация характерны как для нашего государства, несмотря на то что на разных этапах его исторического развития организационные формы их многократно видоизменялись, также менялись их цели, задачи и функции, так и для подавляющего большинства иных государств при всем многообразии их государственного устройства и форм правления.

Одновременно следует понимать, что сама специализация судебных органов, осуществляющих экономическое правосудие, как и специфичность именно экономических споров, объективно сформировались сравнительно недавно, когда для этого возникли и окрепли объективные предпосылки. Но это - если термин "экономическое" понимать в современном значении. Если же его рассматривать расширительно с целью отграничения от судебных органов, рассматривающих "всякие" дела (т.е. от универсальных судебных органов), как то, в чем отсутствует криминальная подоплека, и акцентировать внимание на судебных органах, предназначенных для рассмотрения в совокупной массе некриминальных дел и споров торгово-коммерческого, промышленного и т.п. характера (исходя из сегодняшних признаков предмета и субъектного состава участников спора), то рассматриваемая историческая планка опускается в весьма отдаленные времена. А с учетом того обстоятельства, что те некриминальные торгово-коммерческо-промышленные и т.п. дела и споры рассматривались и разрешались не только специально созданными для этого судебными органами и даже не в рамках государственно-властных правомочий, а в форме третейского судопроизводства и часто вне границ одного государственного образования и даже ниже самих государственных образований, эта историческая планка опускается еще ниже.

Современные российские арбитражные суды рассматривают и разрешают экономические споры (и иные дела, отнесенные законом к их ведению), вытекающие не только из гражданских правоотношений (как горизонтальные споры), но и вытекающие из административных споров (как вертикальные споры), причем число последних стремительно растет и уже перевалило за половину от общего числа всех рассматриваемых арбитражными судами страны дел. Эти вертикальные споры, являясь экономическими, также являются объектом экономического правосудия. Поэтому неверно было бы, опираясь на сегодняшнее понимание экономического правосудия, исследовать его историю с позиции развития механизма разрешения лишь горизонтальных экономических споров.

Конечно, в прошлом ни в России, ни в зарубежных государствах не было столь эффективного механизма разрешения вертикальных экономических споров, который действует сегодня в лице - для России - арбитражных судов. Но эти споры были, существовали они объективно и, естественно, так или иначе разрешались: в незначительной части - судами (отдельные элементы такого способа разрешения этих споров просматриваются в ХIХ в.), в чуть большей мере - в правовой форме, а чаще - в форме "монаршей воли" (или милости по отношению к одной из спорящих сторон) либо, еще раньше, поединком спорщиков или их представителей....

Разумеется, спроецировать нынешние российские судоустройство, судопроизводство и статус лиц, его вершащих, предназначенные для осуществления экономического правосудия, на всю вертикаль нашей истории вниз было бы хотя и интересно, но в целом малопродуктивно, но это - в первом приближении.

Сегодняшний этап развития российского правосудия в целом и российского экономического правосудия в том числе не следует считать провальным, несмотря на негативную оценку его со стороны СМИ (со ссылкой на разного рода социологические опросы), и оценивать чересчур пессимистически: на сегодняшний день, как отмечает руководитель Совета при Президенте РФ по вопросам правосудия В.А. Туманов, каждый двадцатый гражданин России имеет дело с правосудием и по этому показателю мы догнали США, что убеждает: так или иначе, но люди решают свои вопросы не с вилами и топорами в руках, а демократическим способом, и страна пусть медленно, но налаживает свой правовой путь[\*(560)](#sub_99560). В то же время следует согласиться с В.Д. Зорькиным, который пишет: "Уровень общественных ожиданий от работы судов неизмеримо выше, чем от работы любого другого государственного органа. Сегодня возник разрыв между реальным состоянием суда, отражающим реальное состояние общества, и повышенными общественными требованиями, которые это же общество предъявляет суду"[\*(561)](#sub_99561).

Но это значит, что нужны меры по совершенствованию всего механизма экономического правосудия в России в целом и каждого его звена в отдельности. А для этого необходимы соответствующие научные исследования. Данная работа - в этом ключе.

Судебная власть сегодня в России, как известно, - трехсоставная: есть система судов общей юрисдикции, есть система судов арбитражных и есть конституционно-уставная ветвь судебной власти, системы не составляющая. Относительно последней общепринято считать - эта точка зрения твердо укрепилась и в общественном сознании, и в юридической науке (даже судя только по названиям работ)[\*(562)](#sub_99562), - что названная ветвь судебной власти и осуществляет конституционное правосудие. Таким образом, можно говорить об отдельном специальном сегменте понятия "правосудие" - конституционном, которое вершит отдельная самостоятельная ветвь судебной власти.

Однако конституционно-уставную ветвь судебной власти с системой арбитражных судов (как минимум в нашей стране) роднит то, что обе они как совокупности судебных органов - специализированные и предмет их деятельности - специализированный в отличие от системы судов общей юрисдикции. Поэтому и структурирована арбитражно-судебная система не хаотично и не произвольно, а на основе специальных принципов арбитражного судоустройства, под которыми в юридической науке понимаются сформированные теорией и практикой деятельности арбитражных судов, обусловленные экономическим, политическим, нравственным и идеологическим уровнями развития общества, закрепленные в правовых нормах руководящие основы (начала) организации, функционирования и совершенствования системы арбитражных судов, выражающие ее сущность, специфику и содержание[\*(563)](#sub_99563).

У системы арбитражных судов России предмет специализации (есть и противоположные точки зрения; так, не считают арбитражные суды специализированными Т.К. Андреева и Т.Е. Абова) - разрешение экономических споров и рассмотрение иных дел, отнесенных законом к ведению арбитражных судов (но эти дела тоже, вне всякого сомнения, экономического свойства, только без спора, например дела об установлении юридических фактов). Таким образом, можно уверенно считать, что арбитражные суды России вершат экономическое правосудие, а значит можно также уверенно по примеру специализированного - конституционного - правосудия говорить и о специализированном - экономическом - правосудии. При этом следует принять во внимание, что экономическое правосудие в сегодняшней России вершат не только российские арбитражные - государственные - суды, но и негосударственные - третейские - суды, а в определенной мере и межгосударственные (международные) суды; осуществляется экономическое правосудие у нас и в иных, несудебных, но правовых формах (правда, здесь встает вопрос о правомерности распространения на эти методы и способы урегулирования экономических споров понятия "правосудие", но все-таки представляется возможным на этот вопрос ответить положительно), а подчас экономические споры разрешаются вообще не правовым путем, и здесь понятие "правосудие" вообще вряд ли применимо.

В ч. 2 ст. 118 Конституции РФ сказано: судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства. И арбитражное судопроизводство здесь не названо. Означает ли это, что его нет? Или что судопроизводство, осуществляемое арбитражными судами, ведется в форме исключительно гражданского и административного судопроизводства? Не факт, если посмотреть на этот вопрос в системном единстве с п. "о" ст. 71 Конституции РФ, которая к ведению РФ относит три вида процессуального законодательства: уголовное, гражданское и арбитражное. Здесь уже не названы конституционное и административное процессуальные законодательства. Тогда какое судопроизводство осуществляется на основе арбитражно-процессуального законодательства? Равно: на какой процессуальной основе осуществляется конституционное и административное виды судопроизводств? И вообще: может ли какое-либо судопроизводство как вид осуществляться без адекватной процессуальной основы? Видимо, на определенном - самом начальном - пути развития при острой необходимости и при отсутствии адекватной процессуальной основы в порядке исключения и лишь временно - может. Ведь разрешают сегодня суды общей юрисдикции определенную часть по существу административных споров, руководствуясь ГПК РФ. У экономического правосудия - можно так определиться, - вершащегося в виде административного и гражданского (а почему не экономического?) судопроизводств, есть адекватная процессуально-правовая основа, ядром которой является арбитражно-процессуальное законодательство.

Поскольку применительно к сфере (предмету) деятельности конституционно-уставной ветви судебной власти употребляется понятие конституционная юстиция, в том числе даже в учебной литературе[\*(564)](#sub_99564), видимо, можно - по аналогии - говорить и об экономической юстиции. Вместе с тем вопрос о правомерности использования понятий "уголовное правосудие", "уголовная юстиция" и т.п., что является предметом деятельности судов общей юрисдикции (но - специализированных коллегий), по сути открыт и, похоже, ждет своих исследователей.

Экономическое правосудие во всем богатстве своего сегодняшнего проявления - явление (функция) отнюдь не статичное, а бурно развивающееся. Хотя и одномоментная фиксация его осуществления - дело, без сомнения, нужное, интересное и для науки полезное. Но взгляд на него в динамике развития - из прошлого через настоящее в будущее - позволяет значительно обогатить понимание закономерностей этого многогранного явления, сам этот взгляд делает объемным, а прогнозирование, хотя бы только законопроектной работы, более уверенным. Прав был Д. Байрон, утверждая: "Лучший пророк для будущего - прошлое". И вполне нелишним представляется здесь сакральный - в определенном смысле - аспект: в древней, еще языческой Руси на каждого человека при его рождении составлялись три гороскопа - Правь, Явь и Новь - о его прошлом, настоящем и будущем. Неплохо бы эту традицию - в ее публичном восприятии - восстановить, для начала хотя бы в части экономического правосудия.

Говоря о будущем экономического правосудия в России, можно перефразировать шутку известного экономиста Кейнса: долгосрочные перспективы у российского экономического правосудия великолепны, если оно не умрет в краткосрочной перспективе. В смысле - если не будет произведено волевое (путем изменения действующей Конституции РФ) объединение арбитражно-судебной системы с системой судов общей юрисдикции, и не исключено, что с конституционно-уставной ветвью судебной власти. В принципе и в таком случае само по себе экономическое правосудие не умрет, но у него уже будут иные организационные формы, другая история и заведомо не самое лучшее будущее.

# Коммерческое право и контрактные юрисдикции (Скворцов О.Ю.)

Современные российские научные представления о коммерческом праве имеют непростую судьбу. Эти представления складываются в условиях конкуренции различных правовых теорий, с помощью которых объясняется коммерческий товарообмен. Одним из главных дискуссионных пунктов является теория о том, какое место коммерческий товарооборот занимает в гражданском обороте и, как следствие, каково соотношение коммерческого и гражданского права.

Впрочем, это судьба не только российской науки коммерческого права. Сходные процессы дебатирования относительно правовой природы коммерческого права, его институтов, содержания, границ и т.д. происходили и происходят в юридических научных сообществах некоторых государств континентальной правовой традиции. Научное обсуждение этой темы на сегодняшний день еще не завершено.

Современная российская модель регулирования частного права отказалась от институционализации коммерческого права, которое, таким образом, не имеет обособленного выражения в едином и замкнутом нормативном образовании. Вместе с тем подобного рода монистические представления о частном праве и его составной части - коммерческом праве, отражая картину российской структурированности права, несвойственны для правопорядков некоторых других западноевропейских государств. В силу целого ряда причин исторического характера частное право некоторых европейских государств характеризуется дуализмом - разделением на гражданское и коммерческое право. Эта особенность имеет для правовой системы скорее юридическо-техническое значение, хотя и весьма существенное. В любом случае, будучи разделом частного права, коммерческое право регулирует отношения равных субъектов, отношения, основанные на диспозитивности, на самостоятельном выборе юридически значимого поведения субъектами регулируемых отношений. Перефразируя слова великого немецкого мыслителя Иммануила Канта, можно отметить, что коммерческое право как раздел частного права основывается не непосредственно на законе, а на справедливости и свободе человека быть господином самому себе[\*(565)](#sub_99565). В этом смысле императивные начала по общему правилу исключаются из сферы частного права вообще и коммерческого права в частности. Свобода в частном праве это, с одной стороны, цель, а с другой стороны, условие, реализация которого позволяет добиваться расцвета этой сферы общественных отношений.

Под контрактными юрисдикциями мы понимаем основанные на соглашении сторон и признаваемые государственной властью социальные институты, при помощи которых заинтересованные лица разрешают возникающие между ними конфликты. Среди институционных образований, которые действуют в рамках контрактных юрисдикций, выделяются лица, содействующие переговорному процессу, медиаторы, осуществляющие посреднические процедуры, третейские (арбитражные) суды. Практика альтернативного разбирательства правовых споров породила множество гибридных форм, основанных на трех указанных типах контрактных юрисдикций, например консилиацию, мини-процессы, независимую экспертизу по установлению фактических обстоятельств дела и пр. Однако независимо от того, какую форму приобретает частное разрешение правовых споров, его сущность составляет договорный характер юрисдикции. Реализуя собственное право на формирование договорной юрисдикции, заинтересованные лица одновременно принимают на себя риски, связанные с тем, что соответствующий юрисдикционный процесс не будет опираться на инструменты принудительного воздействия на контрагента, как это имеет место в государственных юрисдикциях. Поэтому практика контрактных юрисдикций может быть наиболее эффективно реализована только в зрелых правовых системах, где идея bona fides доминирует в организации гражданского оборота.

Корреляция между коммерческим правом и контрактными юрисдикциями обусловлена принципиальными чертами, которые характерны для этих институтов, - их базированием на частноправовой автономии субъектов, которые реализуют свои права при посредстве этих институтов.

Исторически частные юрисдикции предшествуют государственным. Однако с того момента, когда государство становится доминирующей в обществе силой, юрисдикционная деятельность рассматривается как исключительная прерогатива публичной власти. Более того, именно эта деятельность представляет одно из направлений осуществления государственной власти.

Вместе с тем в силу целого ряда причин публичная власть допускает в отдельных случаях делегирование юрисдикционной деятельности частным субъектам. Часто такое делегирование юрисдикции связано с причинами экономического характера. Делегирование юрисдикционной деятельности в сферу частного права имело распространение в феодальном праве; при этом тяжущимся лицам предоставлялось право выбора юрисдикции. Последнее обстоятельство и придавало таким юрисдикциям частный характер.

Исторически процессы, связанные с приватизацией юстиции, лежат в контексте процессов, обусловленных феодальной раздробленностью в средневековой Европе. Именно тогда и произошло расщепление юрисдикций: наравне с королевским судом появились городская юрисдикция, церковная юрисдикция, суды сеньоров, христианские суды, суды корпораций, торговые суды и пр. Все указанные суды являлись относительно независимыми от публичной власти. При этом независимость частных юрисдикций, с одной стороны, даровалась публичными властями, а с другой стороны, диктовалась закономерностями, обусловленными потребностями становившихся независимыми и потому требующими внутреннего регулирования сословий.

У современного понимания коммерческого права и контрактных юрисдикций существуют общие идейные корни - философия экономической свободы, получившая наименование либертарианства. Учения Джона Локка и Адама Смита позволили в окончательном виде сформулировать либеральные идеи, которые сохраняют свое значение и до сих пор. К этим идеям относятся: идея естественных прав, среди которых центральное место занимают права на свободу и собственность, идея разделения властей, идея общественного договора, на котором покоится существование правительства, идея верховенства права, идея плюрализма, обеспечивающего индивидууму право самостоятельно определять способы реализации своих прав, идея спонтанного порядка как результата естественного экономического поведения свободных людей, обладающих собственностью. Либеральные идеи стали основой вывода о необходимости ограничения власти правительств, о том, что гражданское общество должно сдерживать политическую власть и, как следствие, укреплять параллельные государственным общественные институты.

Государство призвано обеспечивать защиту прав людей, которые объединены под его властью. Вместе с тем правительство обязано укреплять и негосударственные инструменты общественной жизни. Более того, именно негосударственные механизмы являются надежной опорой гражданского общества и теми рычагами, при помощи которых удается избежать полного огосударствления всех сфер общественной жизни. Ослабление негосударственных механизмов регулирования гражданского общества неминуемо ведет к тоталитарным тенденциям в общественной жизни.

Альтернатива государственному правосудию - контрактные юрисдикции не подлежат прямому вмешательству со стороны государства. Правительство вправе только следить за соответствием существующему в государстве публичному порядку при осуществлении процедур контрактных юрисдикций.

Поиск грани, отделяющей публичные нужды от частного интереса, оказывается значимым не только для собственно гражданского права. Проблема баланса публичности и частноправового начала актуальна и для организации судопроизводства. На публичную власть возлагается обязанность уравновесить публичные и частные интересы и при организации юрисдикционной системы. Это важно для определения пределов компетенции альтернативных юрисдикций. Частные юрисдикции могут действовать только в тех сферах общественных отношений, которые не затрагивают публичных нужд.

Либертарианская концепция исходит из того, что предметом договора может быть практически все. Это касается и договоренности сторон о выборе способа разрешения возникшего между ними конфликта. Более того, как показывает многовековая практика, именно внегосударственные общественные институты (например, репутация, религиозные факторы и пр.) оказываются наиболее важными факторами исполнения обязательств, вытекающих из договоров.

Это суждение и является основой для существования института контрактных юрисдикций, развиваемых в свободном обществе. Принцип свободы договора оказывается особенно важным в сфере действия торгового права. Особое значение здесь приобретает такой аспект свободы договора, каковым является свобода волеизъявления и ее оценка судами. Если в общих судах действует принцип, согласно которому одно только обещание не создает юридически значимого обязательства (nuda pactio obligatienem non parit) и, как следствие, не предоставляет иска для его защиты, то торговое право базируется на ином правиле - в торговом суде возражение не может иметь места только по той причине, что из nuda pacta нет иска. Как отмечают средневековые итальянские юристы и все последующие комментаторы торгового права, это положение "неизменно повторяется при характеристике особенностей торгового права"[\*(566)](#sub_99566).

История либертарианства убеждает в том, что идеи, высказанные идеологами этого движения, являются питательной почвой для развития идей о коммерческом праве и контрактных юрисдикциях, обосновании их взаимосвязи и функциональной взаимозависимости. Эти идеи, имея высоко абстрактный характер, требуют при их практической реализации создания конкретных политико-юридических механизмов. К числу таких механизмов, интегрированных в систему, обеспечивающую реализацию либеральных идей, относятся создаваемый массив норм, регулирующих свободный товарообмен (торговое право), и конструкции контрактных юрисдикций, при помощи которых обеспечивается разрешение коллизий, возникающих в коммерческом обороте. Наряду с указанными правовыми феноменами эффективное функционирование либерального общества обеспечивают и иные институты, которые следует рассматривать как элементы всей общественной системы, основанной на либеральных ценностях.

Причем как коммерческое право, так и контрактные юрисдикции являются теми институтами, которые наряду с иными институтами обеспечивают существование и устойчивость общества с рыночной экономикой и либеральными ценностями. Контрактная юрисдикция, покоящаяся на идеях свободы и разделения властей, обеспечивает независимость индивидуумов от государственной власти при защите своих прав. При этом контрактные юрисдикции в какой-то степени, может быть и весьма ограниченной, выступают конкурентами государственного правосудия, стимулируя государственные суды на более качественное осуществление своих функций.

Что касается коммерческого права, то его оформление в ряде европейских государств отражало не столько особенности юридической техники, складывающейся в том или ином государстве при регулировании товарообмена, сколько объективные потребности торгового оборота, специфика которого и стимулировала формирование этого нормативного образования. Э. Дженкс, ссылаясь на опубликованный в 1622 г. труд Ж. Малинеса "Lex Mercatoria", писал о том, что обычное право купцов, будучи древним law merchant, является более древним, нежели любое записанное право, основанное на Справедливости и Разуме[\*(567)](#sub_99567). Историческая особенность развития западноевропейских государств - существование сословий - привела к тому, что в рамках частного права наряду с правом гражданским возникло торговое право.

Справедливости ради отметим, что торговое право характерно не для всех правовых систем европейских государств, что, с нашей точки зрения, не умаляет значения и специфики правового регулирования предпринимательства и коммерции.

Итак, история свидетельствует о том, что коммерческое право и торговые суды (коммерческие арбитражи, купеческие суды и пр.) идут бок о бок. Возникновение, становление и развитие коммерческого права и торговых судов происходили параллельно, в ответ на одни и те же потребности обеспечения стабильности коммерческого оборота. Два этих юридических феномена не просто соседствуют, но и весьма крепко взаимосвязаны между собой.

Первые важнейшие ярмарочные центры появились в Средние века в центрах торговли, каковыми являлись: Генуя, Милан, Венеция, Пиза (Италия), Труйя, Прованс (Франция), Лейпциг, Бремен, Франкфурт (Германия), Амстердам, Брюссель (Фландрия) и др. Именно в ярмарочной практике зародились и получили развитие такие важнейшие институты торгового права, как договорное право, вексельное право (позволявшее избегать рисков, связанных с перемещением товаров на значительные расстояния), банкротство, в рамках которого реализовывались интересы кредиторов несостоятельного должника.

Многие юристы отмечают, что наиболее важной стороной нормирования торговли является создание купеческих судов и частного права в области торгового оборота[\*(568)](#sub_99568). Причем часто коммерческое право порождалось практикой именно торговых судов, разрешавших споры в пределах одного сословия (сословия купцов, ремесленников), опираясь на цеховые нормы, сословные правила и представления о справедливости и чести внутри купеческого сообщества. Вызревающие в недрах сословия правовые нормы формулировались и закреплялись торговыми судами, являющимися по своей сути частными, независимыми от государственных юрисдикций. Эти нормативные образования были самодовлеющими и даже оказывали влияние на развитие нормативных систем, порождаемых публичной властью. Но главная функция, которую выполняли купеческие суды, - это формирование независимой материально-правовой нормативной системы, с которой связывалась независимость торгового сословия. Купеческий, торговый суд был призван формулировать нормы особого права - торгового. Таким образом, особое торговое право и специальные торговые суды, независимые от системы государственной юрисдикции, являются взаимообусловленными и взаимосвязанными факторами, идейно-политически и юридически питающими друг друга.

Немаловажным оказывалось и такое обстоятельство, связанное с деятельностью купеческих судов, как быстрое рассмотрение дела. Купцам было очень важно, чтобы споры о делах не становились препятствием к основной деятельности - торговле, которую они вели.

Еще одной причиной формирования в Средние века торгового права, порождаемого торговой практикой, стала объективная разнородность регулирования товарообмена в различных государствах. Внутринациональное право в одном государстве, регулируя коммерческий оборот, отличалось от права в другом государстве. Однако международный товарообмен нуждался в едином правовом режиме, независимом от воли законодателя отдельного государства. Таким образом, тенденция унификации правовых норм, регулирующих торговый оборот в межгосударственных отношениях, имела закономерный характер, поскольку определялась объективными предпосылками. В связи с этим закономерным следует считать и появление в Средние века купеческого права - Law merchant, которое регулировало международные коммерческие отношения. В числе предпосылок формирования Law merchant исследователи называют "стремление к созданию не зависящего от сеньоров-феодалов собственного правопорядка, наличие профессиональных коммерсантов, осуществляющих международные коммерческие операции, сходство регулирования таких операций в разных местностях, общее понимание содержания основных прав и обязанностей и последствий их неисполнения. Обеспечивалась такая система наличием специализированных коммерческих судов, существовавших в крупных портовых и ярмарочных центрах"[\*(569)](#sub_99569). Во внутринациональном праве купеческое право стремилось к независимости от государственного права.

В качестве источников такого права выступали обычаи и постановления автономных городских корпораций (статуты). Это право охранялось, разъяснялось в решениях городских судов, разрешавших споры при участии самих торговцев. Таким образом, сами решения торговых судов также становились источниками права. Государственная власть не вмешивалась в деятельность сословных судов по применению торгового права либо, если вмешивалась, то "лишь со второй половины XVI столетия, но.... изредка, без системы, случайно"[\*(570)](#sub_99570). Происходило своего рода распределение полномочий в определении и регулировании правил торговли и ведения предпринимательства.

Источниками регулирования торговых отношений выступали различные акты. К примеру, были распространены принимаемые гильдиями уставы тех или иных предприятий или торговых обзаведений. Эти уставы порой являлись единственными регуляторами коммерческих отношений в данной сфере. Это было обусловлено тем обстоятельством, что публичная власть была далека от всех нюансов сложной торговой деятельности в той или иной области и реально не имела возможности регулировать возникающие здесь отношения. Так, например, в Средние века в германских городах было распространено принятие уставов ссудных касс, в которых детализировались различные аспекты ипотечного права. По сути дела, система ипотечного права формировалась как совокупность обычных норм; публичная власть до определенного времени практически не вмешивалась в нормотворческий процесс в этой области. Причем юридические конструкции ипотечных отношений разнились от местности к местности, от гильдии к гильдии, но в любом случае единственными локальными источниками регулирования отношений, связанных с кредитованием и закладом, выступали принимаемые гильдиями уставы, которыми и руководствовались ссудные кассы. Только в Средние века с организацией государственных систем вотчинно-ипотечного оборота недвижимости нормы обычного права, регулирующие залоговые отношения, стали уступать место нормам, закрепляемым в законодательстве, принимаемым публичной властью[\*(571)](#sub_99571).

Другим примером активного локального нормотворчества в сфере торгового права служит формирование вексельного права. Нормы, регулирующие вексельные отношения, формировались прежде всего в условиях функционирования ярмарок. В качестве "нормотворцев" вексельного права выступали купцы и менялы; соответствующие нормы укоренялись при посредстве ярмарочных судов. Так, к примеру, в Италии вексель получил общее распространение в той форме, "с тою нормировкой, какая дана была итальянским обычным правом"[\*(572)](#sub_99572). С течением времени укрепление вексельного права стало выполнять макроэкономическую функцию: "Развитие ярмарочной торговли, поощренное законодателем и защищенное самими купцами, привело развитие вещного кредита в такую стадию, когда вексель перестал быть инструментом оформления корреспондентских отношений исключительно между менялами"[\*(573)](#sub_99573). Например, история развития специфических форм вексельных отношений. В условиях необходимости локализации определенных групп отношений внутри ярмарок появился так называемый ярмарочный вексель, истоки формирования которого имеют место в итальянских ярмарочных городах. Г.Ф. Шершеневич отмечал, что "то важное значение, какое имели ярмарки для интересов правителей, на территории которых они устраивались, и то значение, какое имела исполнительность по вексельным обязательствам для правильного заключения ярмарочных дел, вызвали вексельную строгость (rigor cambialis). Эта строгость заключалась, с одной стороны, в быстроте рассмотрения дел ярмарочными судами, а с другой - в суровости мер, принимаемых в отношении неисправных вексельных должников. Эта вексельная строгость носит название формальной в противоположность материальной, явившейся много позднее в истории векселя"[\*(574)](#sub_99574). Вексельное право выступало как составная часть лично-сословного права, порождаемого в условиях укрепления городской автономии, развивающихся в рамках городской автономии корпораций, и поддерживалось в решениях городских судов, которые формировались по принципу третейских судов из состава купечества.

Но не только в специальных сферах торговой деятельности было заметно развитие торгового права. При помощи купеческих судов вырабатывались и нормы общего характера, свойственные деятельности коммерсантов. Так, были выработаны нормы о презумпции вины коммерсантов, не исполнивших обязательство, о солидарной ответственности торговцев по обязательствам, о возможности предъявления требований о взыскании не только убытков, но и неполученной выгоды, о неограниченном размере неустойки по торговым обязательствам и пр. Указанные нормы по своей сути становились специально-торговыми принципами регулирования коммерческого оборота.

Неисполнение установленных гильдией правил становилось основанием для отлучения от профессии и от сословного сообщества, то есть для применения своего рода ответственности за допущенные нарушения. Нарушитель профессиональных правил подвергался своего рода остракизму, что становилось эффективным средством реализации установленных в рамках гильдии предписаний. Подобного рода решения как раз и принимались третейскими судами, образуемыми в рамках соответствующего сословия. Это обстоятельство свидетельствует о значимом регулятивном эффекте решений, принимаемых третейским судом, отделенном от государственного правосудия, но тем не менее эффективно воздействующих на коммерческие отношения.

В некоторых случаях купеческие сообщества, столкнувшись с невозможностью национальных правительств обеспечить нормальный товарообмен, создавали собственные квазигосударственные юрисдикционные инфраструктуры, в рамках которых осуществлялось регулирование торгового оборота и разрешение коммерческих коллизий. При чем как то, так и другое осуществлялось параллельно и независимо от публичной власти. Так, разработанный в начале XIII в. в германском городе Магдебурге свод законов, основанный на свободе и самоуправлении, был воспринят сотнями вновь образованных городов, расположенных в различных частях Центральной и Восточной Европы. При этом судьи данных городов, рассматривая торговые споры, ссылались на право, формулируемое магдебургскими судьями, рассматривавшими коммерческие споры в порядке третейского судопроизводства.

Как свидетельствует история развития права в Европе, зарождение и обособление торгового права происходят в Средние века в прибрежных итальянских городах на основе развития морского торгового права. Морское торговое право было ядром, вокруг которого происходило формирование собственно коммерческого (торгового) права. Многие институты торгового права формировались практикой морского права, основанной на многовековом обычае.

Само морское торговое право как совокупность норм обычного права постепенно отодвинулось на периферию коммерческого права (хотя и оставалось его значимым элементом), а последнее стало доминировать в отношениях между торговцами как относительно целостный комплексный юридический регулятор. Более того, торговое право стало оказывать влияние на развитие всей системы частного права, в том числе на собственно гражданское право. При этом в рамках коммерческой практики "были востребованы, а затем и сформированы такие институты, как страхование, банковские расчеты, перевозка груза морем, хранение на товарном складе, различные организационно-правовые формы объединения усилий и капиталов предпринимателей, банкротство, торговые суды и многие другие"[\*(575)](#sub_99575). Указанные институты стали ядром коммерческого права, стимулируя развитие смежных институтов, а также оказывая влияние на сугубо гражданско-правовые отношения, складывающиеся между всеми участниками гражданского оборота. Формирование подобного рода институтов коммерческого права наиболее эффективно при помощи тех юрисдикционных институтов, которые не сдерживаются строгими формальными рамками. Причем это касается формальностей как в сфере материального права, так и в области процессуальной. К числу таких юрисдикционных институтов и относятся третейские суды и третейские судьи, особенности деятельности которых, помимо прочего, сводятся к тому, что они часто "разрешают спор не по законам, а по совести, и.... при рассмотрении дела они не руководствуются общими судопроизводственными правилами"[\*(576)](#sub_99576). Новые правовые институты в области коммерции и предпринимательства укоренялись при помощи обычной третейской судебной практики, которая не ограничивалась сдерживающими эти суды нормами.

Развитие основных инструментов торгового оборота происходило в том числе в рамках торговых судебных процессов, развиваемых на основе третейских судов. Регулирование этих институтов имело чрезвычайно самобытную специфику, ту специфику, которая в конечном итоге привела к формированию на Западе торгового права как отдельной отрасли права. Так, например, на становление и развитие института ценных бумаг "оказало влияние развитие как торгового права, так и торгового правосудия, то есть как нормы материального (устанавливающего правила поведения), так и права процессуального (устанавливающего, в частности, процедуру соблюдения материально-правовых норм)"[\*(577)](#sub_99577). Материальное право, регулирующее отношения между торговцами, испытывало на себе влияние процессуального права, формулирующего нормативные требования к доказыванию, что было весьма значимым и необходимым для коммерческого оборота. Именно в рамках торговых судов формировались особые подходы к правилам доказывания, что влияло и на развитие норм материального права. В системе доказательственного права формировались основные процессуальные тенденции, влиявшие, в свою очередь, на материальное право. И если в Средние века как в уголовном, так и в гражданском судопроизводстве доминировала система формальных доказательств, то в системе торгового судопроизводства начали формироваться иные подходы, те подходы, которые впоследствии получили наименование системы доказательственного права, основанного на внутреннем убеждении. В этом смысле процедурное право, порождаемое коммерческими судами, стало предтечей того процессуального права, которое получило свое окончательное утверждение только в Новое время, с победой буржуазных революций.

Возникновение торговых судов, третейских по своей правовой сущности, свидетельствовало об относительной автономизации торгового сословия от государственной власти и стимулировало развитие материального торгового права, регламентирующего взаимоотношения между представителями торгового сословия в рамках коммерческой деятельности. В какой-то степени эту тенденцию стимулировало и само государство, перекладывая на частных лиц издержки, связанные с организацией разрешения споров и защиты прав коммерсантов. В то же время корпоративные суды сословий "обнаруживали тенденцию распространять свою компетенцию и на лиц, не принадлежащих к их корпорации"[\*(587)](#sub_99578), вследствие чего в ряде случаев сталкивались с противодействием как со стороны государства, так и со стороны самой общины. Такое противодействие (как, впрочем, и содействие) третейским судам со стороны государства было ситуативным, основывалось на субъективных устремлениях тех или иных лиц, осуществляющих государственную власть, зависело от силы или слабости купеческого сословия в тот или иной исторический момент и от прочих изменчивых обстоятельств.

Деятельность торговых судов основывалась, как правило, на неформальных процедурах третейского разбирательства, опиралась на право справедливости и удовлетворяла насущную потребность торговцев в быстром и экономном судебном разбирательстве коммерческих споров. Появление особых торговых судов диктовалось тем простым соображением, что длительные судебные процессы были губительными для торговли. Именно поэтому в статутах немецких городов содержались предписания о том, что "суд для гостей должен производиться "немедленно", "через ночь", то есть на другой день, во всякое время; иногда установлено, что он может происходить даже ночью, в праздник, в любом месте, кроме церкви, бани и кабака, хотя бы и на улице, причем это относится именно к делам, возникающим по поводу долгов и движимостей, то есть товаров, иначе говоря, именно к области торговли"[\*(579)](#sub_99579). Очевидно, что государственные и церковные суды не могли выполнить эту функцию так же эффективно, как торговые суды, вследствие чего становились тормозом в развитии коммерческого оборота. В свою очередь, торговые суды выполняли прогрессивную функцию, обеспечивая динамичное поступательное развитие коммерческих отношений и являясь одним из наиболее влиятельных источников материального торгового права. Таким образом, торговые гильдии, сомкнувшись в единые союзы, в качестве орудия в борьбе за экономическое первенство использовали "купеческий суд, разбирающий купеческие дела на основании купеческих обычаев"[\*(580)](#sub_99580). В сфере разрешения коммерческих споров появились особые суды - суды по справедливости (bonae fidei iudicia), которые отражали потребность торгового оборота основываться на принципах добропорядочности и справедливости. Издревле было подмечено, что нормальный ход торговли в государстве гарантирован только тогда, когда в отношениях между купцами неформально присутствует понятие о чести. В свою очередь, добропорядочность торговых отношений становится основой для принципа справедливости в судопроизводстве, основой существования "совестных" судов, т.е. тех судов, которые принимают свои решения по переданным им спорам не столько на применении закона, сколько на представлениях о справедливости и порядочности. Таким образом, именно в сфере коммерческого судопроизводства суды по справедливости были призваны быстрее прижиться в силу объективно предопределенных обстоятельств, связанных с нуждами торгового оборота.

Авторитет третейских коммерческих судов на Западе часто был столь велик, что в отдельных западноевропейских городах (как, например, в Генуе) третейским судьям публичной властью не только поручалось рассматривать дела в альтернативном государственным судам порядке[\*(581)](#sub_99581), но и делегировались функции даже по пересмотру в апелляционном порядке решений, принимаемых государственными судьями[\*(582)](#sub_99582). Конечно, подобного рода полномочия необходимо оценивать скорее как исключение из правил (и, может быть, даже исторический анекдот); вместе с тем они являются заслуживающим доверия индикатором, свидетельствующем об авторитете такого механизма разрешения споров, каковым являлись третейские суды в средневековых итальянских городах.

Начиная со Средневековья общая тенденция развития юрисдикционных систем западноевропейских государств отражала укрепление третейских судов (главным образом создаваемых для разрешения торговых споров) в жизни как конкретных государств, так и мирового сообщества, а также в международных торговых отношениях. Более того, как свидетельствует исторический опыт, в некоторых государствах третейское разбирательство споров применялось исключительно для рассмотрения торговых споров и не подлежало применению в общегражданских делах, не связанных с коммерческими спорами (например, в семейных и наследственных имущественных спорах). Так, в середине ХХ в. во Франции "признавались действительными только арбитражные оговорки в коммерческих делах"[\*(583)](#sub_99583). Эта тенденция была довольно долгосрочной и имеет свою проекцию в современных международно-правовых актах, регулирующих деятельность международных коммерческих арбитражных институтов. Так, государства, присоединяясь к Нью-Йоркской конвенции 1958 г., даже делали коммерческую оговорку, согласно которой государство применяло Конвенцию исключительно в отношении разногласий, касающихся юридических взаимоотношений договорного или иного характера, которые рассматриваются в соответствии с национальным законодательством в качестве торговых[\*(584)](#sub_99584). Справедливости ради необходимо отметить, что в настоящее время тенденция применения коммерческой оговорки в какой-то степени утрачивает свое значение и государства отказываются от ее применения.

Если же вернуться к развитию третейских начал при разрешении споров в международных торговых отношениях, то следует отметить, что таковые издревле рассматривались в качестве серьезных гарантий, позволяющих стабильно развивать зарубежные торговые отношения. Так, немецкие купцы, проводившие политику торговой экспансии в северо-западных российских областях в Средние века, усиленно добивались создания смешанных судов, зачастую действующих в соответствии с принципами третейского разбирательства. Этот суд, еще именуемый "гостиным судом", действовал на основании договора, заключенного немцами и новгородцами в 1269 г. Таким образом удавалось добиваться стабильности, независимости от усмотрения государственной власти при осуществлении международного товарообмена. Подобного рода организация торговых отношений вообще и третейских способов разрешения споров в частности выступала как своего рода привилегия иноземных купцов, которая стимулировала приток товаров в российские земли. В то же время в литературе отмечается, что подобный подход к организации "гостиных судов", действующих на смешанных началах, не был исключительно российским явлением. Соответствующие ганзейские привилегии встречаются и в актах английских королей Эдуарда I в 1303 г., Эдуарда III в 1354 г., брабантского герцога Иоанна в 1315 г.[\*(585)](#sub_99585)

Однако в России судьбы торгового права и, как следствие, особых купеческих судов были радикально иными, нежели развитие этих же институтов в Западной Европе. Купеческое сообщество в России было традиционно слабым, зависимым от правительства. Отсутствовала устойчивая система норм, порождаемых самим сообществом. Обычное право было в зачаточном состоянии. Публичная власть оставляла в сфере своего внимания регулирование товарооборота. Это препятствовало и созданию торговых судов. В XVIII в., в контексте петровских реформ предпринимались попытки усилить купеческое сословие, в том числе путем введения купеческих судов. В.А. Удинцев среди причин неудач реформирования указывает на то, что законодатель усваивает два прямо противоположных принципа - замкнутость гильдий и свободу вступлений в них - и тем самым осуждает свое учреждение, не имеющее никаких исторических корней. Правительство хотело пересадить на русскую почву учреждения, чуждые всему общественному укладу и уже отжившие свой век в Западной Европе. В отсутствии купеческой самодеятельности на Руси можно усматривать одну из причин, благодаря которой наша история не выработала идеи купеческого права. Но это не единственная причина. Попытки правительства создать особый купеческий суд, вызвать купечество на выработку особых статутов не имели под собой никакой почвы ввиду единства праворазвития, ввиду отсутствия какой бы то ни было борьбы города с селом и поместьем, городского права с земским и феодальным. Та противоречивость, с которой русское правительство пыталось привить русскому укладу торговые суды, не увенчалась успехом. Начиная с XVIII в. суд торговый все более и более утрачивал свое специальное назначение, но это не мешало дальнейшему накоплению материала торгового права[\*(586)](#sub_99586).

Первая половина ХIХ в. характерна тем, что российское правительство ищет пути оптимального разрешения торговых споров. Именно с этой целью создаются коммерческие суды, которые разрешают споры на основании Устава торгового судопроизводства. Генетически коммерческие суды возникли в лоне частных, третейских судов, которые образовывались в сословиях торговцев и отражали нужды коммерческого оборота. В дальнейшем коммерческие суды попали под опеку государства и были инкорпорированы в судебные системы государств, хотя при этом и продолжали нести некоторые черты частных, третейских судов.

Современники свидетельствуют о том, что коммерческий суд в Одессе действовал на началах третейского судопроизводства. Так, Д.И. Мейер приводит пример, в котором спор, возникший между контрагентами страхования, разбирался третейским судом. Д.И. Мейер отмечает, что "третейский суд там устраивается при посредстве Коммерческого Суда, в который первоначально поступает страховой иск. Вместе с тем должно заметить, что уж если между страхователем и страховщиком доходит до судебного разбирательства, то дело редко кончается третейским судом, а поступает на решение высших судебных мест, если не путем апелляции, то посредством жалоб"[\*(587)](#sub_99587).

По своей правовой природе коммерческие суды были своего рода судебными гибридами, поскольку организовывались на смешанных началах. С одной стороны, публичная власть участвовала в создании и контроле над коммерческими судами: председатель суда и его товарищ назначались именными Высочайшими Указами; содержание коммерческих судов осуществлялось за счет средств, отпускаемых из казначейства. Вместе с тем можно отметить и те признаки, которые свидетельствуют о частноправовой природе коммерческого суда. Главный из этих признаков заключался в том, что судьи коммерческого суда избирались из числа кандидатов, предлагаемых от городского общества (особыми выборными собраниями от купеческого, мещанского и ремесленного сословий). Как отмечал комитет из почетнейшего биржевого купечества, готовивший проект учреждения коммерческих судов в России, "коммерческий суд есть установление, основанное более на доверии тяжущихся лиц к судьям, из их же собрания избранным и сведущим в торговых обычаях, нежели на обрядах судебных"[\*(588)](#sub_99588).

Все же отметим, что дальнейшая деятельность коммерческих судов на протяжении ХIХ в. свидетельствовала об их инкорпорировании в государственную судебную систему, об отходе коммерческих судов от начал третейского разбирательства. Авторитетные юристы того времени также высказывали сомнения в действенности коммерческих судов, видя вред, который приносился их двойственностью: одни и те же законы истолковывались не всегда однообразно и одинаковые дела зачастую решались по-разному[\*(589)](#sub_99589).

В конечном итоге с течением столетий развитие сословных торговых судов привело к формированию в западных государствах системы авторитетнейших арбитражных учреждений, которые выполняют важнейшие юридическую и экономическую функции - рассматривают основную массу торговых споров. Этот факт отражает глобальную экономическую тенденцию - отказ от дирижистской модели управления государствами экономическими агентами, входящими в сферу их юрисдикции. Данная тенденция находит свое выражение в частичном дерегулировании как способе преодоления недостатков бюрократического принятия решения. В сфере юрисдикции это проявляется как поиск способов оптимизации и эффективности разрешения коллизий между субъектами товарообмена. Общество обнаружило, что институты, максимально эффективно обеспечивающие разрешение правовых споров, являются таковыми только в том случае, если они остаются частными по своей правовой природе, если в них отсутствует публичное и потому тяготеющее к бюрократическому начало. В конечном итоге эта идея базируется на мыслях Адама Смита о спонтанном экономическом порядке, то есть на либеральной идее, лежащей в основе организации экономики передовых государств мира.

В настоящее время в западных государствах третейские суды, разрешающие коммерческие споры, составляют реальную конкуренцию государственным судам, в то же время освобождая их от разрешения множества дел. Авторитет этих арбитражных учреждений чрезвычайно высок и сопоставим с авторитетом государственных судов, а в некоторых случаях и превосходит его. Осознавая эти обстоятельства, многие государства разрабатывают программы по инкорпорированию арбитражных учреждений в юрисдикционную систему, оставляя, тем не менее, за ними полную независимость от государственной власти. К примеру, в США в результате реформы гражданского судопроизводства, проведенной в 1990 г., на федеральные суды была возложена обязанность разработки и поддержки программ по альтернативному разрешению споров. В Австралии в 1982 г. был образован Центр по разрешению коммерческих споров, а в 1995 г. учрежден Национальный консультативный совет по альтернативному разрешению споров. Во Франции в 1995 г. был принят законодательный акт, значительно расширяющий возможности досудебного посредничества и альтернативного разрешения споров. Все указанные реформы имеют целью включение третейских судов в юрисдикционную систему в качестве элемента, позволяющего, с одной стороны, освобождать другие звенья (прежде всего государственные суды) от избыточной нагрузки, а с другой стороны, обеспечивать большую устойчивость системы. В конечном итоге поддержка альтернативных институтов разрешения споров со стороны государства - это проявление зрелости общества и свидетельство высокого уровня развития демократизма. Не случайно одно из наиболее зрелых международных сообществ - Совет Европы рекомендовал государствам - членам Совета "принять меры по облегчению или поощрению, где это уместно, примирения сторон или дружественного урегулирования спора до принятия его к производству или же в ходе разбирательства"[\*(590)](#sub_99590). Эта рекомендация основана на понимании того факта, что эффективность государственного правосудия существенным образом повышается, если происходит его разгрузка за счет использования альтернативных методов разрешения правовых споров.

Самоограничение государства в вопросах разрешения международных коммерческих споров в пользу международных коммерческих арбитражей вызвано объективными потребностями создания единого мирового экономического порядка и необходимостью установления единых правил игры на мировом рынке. К числу таких унификационных норм относятся и нормы, создающие основы эффективного и единообразного разрешения международных коммерческих споров. Таким образом, на международном уровне появляются негосударственные юрисдикции, эффективно конкурирующие с внутригосударственной юстицией. Такие негосударственные юрисдикции основываются на договоренностях экономических субъектов товарообмена, являясь по своей сути контрактными юрисдикциями, и оказывают существенное давление на внутринациональное регулирование основ коммерческого арбитрирования и даже оказывают влияние на направление развития внутринационального законодательства в этой сфере. Становление основ правового регулирования международного коммерческого арбитража происходит в борьбе между двумя тенденциями: с одной стороны, стремлением государств реализовывать свой суверенитет, в том числе в области разрешения правовых споров, а с другой стороны, доминирующим давлением экономических субъектов в стремлении автономизироваться от государственных юрисдикций путем установления контрактных юрисдикций, более эффективных в международных коммерческих отношениях. Установление определенного соотношения между указанными тенденциями находит свое выражение в унифицированных международных актах, закрепляющих, во-первых, правовые основы международного коммерческого арбитрирования, а во-вторых, нормы материально-правового характера, направленные на регулирование международных коммерческих отношений.

Все основные самоограничения государств, принимающих инвестиции, сводятся к установлению гарантий для иностранных инвесторов, а также к фиксации способов разрешения споров, которые возникают между инвесторами и принимающими государствами. Таким образом, правовой механизм разрешения международных инвестиционных споров является одним из главнейших элементов международного публичного порядка в сфере инвестирования.

Самоограничения государств сводятся, помимо прочего, к их самоподчинению юрисдикции межгосударственных органов, создаваемых в соответствии с многосторонними международными конвенциями и двусторонними инвестиционными соглашениями. Процесс самоподчинения государств органам международной юрисдикции болезнен и протекает весьма непросто. Одним из органов, решающих данную проблему, является Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), который был создан в соответствии с Вашингтонской конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств 1965 г.[\*(591)](#sub_99591) С созданием МЦУИС был преодолен сложившийся стереотип разрешения международных инвестиционных споров исключительно международными коммерческими арбитражами и внутренними государственными судами, которые в силу ряда причин обладали ограниченными возможностями при разрешении международных инвестиционных споров. При создании МЦУИС в качестве одной из основных задач преследовалась цель предотвратить трансформацию инвестиционных споров между государствами, принимающими инвестиции и частными предпринимателями, осуществляющими инвестиции, в межгосударственные политические споры. При помощи МЦУИС обеспечивается публичный правопорядок в сфере международных экономических отношений путем разрешения конфликтов между государствами-реципиентами и инвесторами. Несомненно, деятельность МЦУИС по разрешению инвестиционных споров, имеющая по своей сути прецедентный характер, влечет унификацию подходов к международным инвестиционным процессам и, конечно, влияет на законотворческую (в том числе международную) практику урегулирования инвестиционных процессов.

Другим важным актом, который формирует международный публичный порядок в сфере инвестирования, стала Сеульская конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (МИГА) 1985 г.[\*(592)](#sub_99592) Многостороннее агентство по гарантиям инвестиций обладает признаками юридического лица и является правосубъектной международной организацией. Эта организация призвана "стимулировать поток инвестиций в отношениях между странами - членами Агентства и особенно в развивающиеся страны, дополняя таким образом деятельность Международного банка реконструкции и развития, Международной финансовой корпорации и других международных финансовых организаций. Реализуя эти задачи, Агентство предоставляет гарантии, включая страхование от некоммерческих рисков инвестиций, осуществляемых в какой-либо стране - члене Агентства из других стран - членов Агентства"[\*(593)](#sub_99593).

Трудно переоценить значение актов региональных организаций в установлении международного публичного порядка в сфере инвестирования. Принятие международными сообществами актов в данной области является способом, при помощи которого достигается унификация регулирования инвестиций. К примеру, одно из наиболее влиятельных в мире региональных сообществ - Европейский союз - предпринимает активные действия в сфере создания единого правового режима инвестирования на территории государств, входящих в сообщество. Основным принципом, который является базой формирования инвестиционного права в ЕС, является положение п. "с" ст. 3 Римского договора[\*(594)](#sub_99594), согласно которому страны-участницы обязаны стремиться к устранению между государствами-членами препятствий для свободного передвижения лиц, услуг и капиталов. В целях реализации этой декларации в ЕС принят ряд директив, суть которых сводится к тому, что государства-члены должны отменить ограничения движения капиталов, осуществляемые лицами, постоянно проживающими на территории государств-членов (резидентами)[\*(595)](#sub_99595).

Особенно ощутимо продвижение вперед - к унификации основ международного публичного порядка инвестирования - оказалось в сфере деятельности ВТО. При установлении правового режима инвестиционных процессов ВТО "предусматривает принятие ее участниками существенных и связанных обязательств, а также выполнение ими норм в отношении торговой и инвестиционной практики. Эти обязательства и нормы обеспечивают безопасность и предсказуемость, которая необходима для того, чтобы поддержать либеральный и открытый международный торговый режим. Нарушение правил ВТО не только наносит ущерб интересам затронутых этим участников, но и угрожает процветанию всей торговой системы и ее участников"[\*(596)](#sub_99596). В то же время создание механизма урегулирования споров в рамках ВТО имеет неоднозначную оценку. Использование несудебных средств урегулирования споров вызывало и критику со стороны изучающих эти процессы юристов[\*(597)](#sub_99597). Однако, как представляется, эту критику не следует переоценивать по той причине, что данный механизм свидетельствует о его востребованности и, более того, юристы все чаще говорят о том, что одним из наиболее существенных преимуществ, которые получит Россия от вступления во ВТО, является доступ к механизму по разрешению споров[\*(598)](#sub_99598).

Правовую основу разрешения инвестиционных споров в ВТО составляет документ, который именуется Договоренность ВТО по правилам и процедурам разрешения споров. Суть механизма разрешения споров сводится к тому, что участник, права которого нарушены, вправе обратиться за проведением консультаций со своим контрагентом, а при недостижении результата по разрешению спора вправе требовать формирования арбитражного суда ad hoc из состава экспертов ВТО, который и разрешит конфликт. Условия по формированию арбитражного суда обеспечиваются Генеральным советом ВТО, который, помимо этой функции, осуществляет надзор за применением рекомендаций по осуществлению судебных процедур. У участников спора существуют достаточно широкие полномочия по формированию состава суда. По общему правилу группа по разрешению спора (в терминологии соответствующих нормативных актов - панель) должна состоять из трех судей, однако стороны вправе назначить состав панели в количестве пяти членов. Это важное правило предопределяло сугубо третейское начало в разбирательстве споров в рамках механизмов ВТО. При этом соответствующие панели, разрешающие споры, не являются постоянно действующими органами ВТО; их формирование происходит в режиме ad hoc.

Есть подобного рода нормы и во "внутреннем" российском законодательстве. Так, Федеральный закон от 30 декабря 1995 г. N 225-ФЗ "О соглашениях о разделе продукции"[\*(599)](#sub_99599) содержит норму, согласно которой в случае возникновения спора между государством и иностранным инвестором разрешение такого спора может быть передано третейскому суду (в том числе международному арбитражному институту) в соответствии с условиями основного соглашения (имеется в виду - в соответствии с третейской оговоркой, которая содержится в основном соглашении). Таким образом, в данном случае допускается отказ государства от юрисдикционного иммунитета. Однако согласно указанному закону разрешение спора международным коммерческим арбитражем возможно только в связи с исполнением, прекращением и недействительностью таких соглашений. То есть в том случае если спор возник в связи с заключением соглашения о разделе продукции, он не может быть передан на разрешение третейского суда. Это означает, что в данном вопросе российское государство не желает отказываться от исключительной подсудности этих споров государственным судам.

Тенденция объединения предпринимателей объективно обусловлена направленностью развития взаимоотношений в экономической сфере. Единое сообщество предпринимателей, коммерсантов исторически доказало свою состоятельность в силу причин объективного характера. Относительно замкнутое, но в то же время открытое для иных общественных групп сообщество предпринимателей является важнейшей социальной общностью. Как и всякое сообщество, предпринимательское сообщество нуждается в механизмах саморегуляции, поскольку существующие в нем противоречия составляют единство и борьбу его противоположностей. Именно это обстоятельство и становится причиной формирования институтов, при помощи которых обеспечивается функционирование этого сообщества, его стабильность и дальнейшее развитие.

Третейский суд как раз и является одним из тех механизмов, при помощи которого осуществляется саморегуляция в предпринимательском сообществе. Не случайно в современной юридической литературе отмечается, что "частное право, частноправовые начала, оформляющие товарооборот, нормальный товарообмен, неизбежно требуют и особой формы разрешения возникающих при этом конфликтов. Такой формой и является третейское разбирательство споров"[\*(600)](#sub_99600). Третейские суды, как частноправовые образования, являются своего рода институциональной проекцией частноправовых отношений гражданского оборота. Небольшая история развития современного российского предпринимательства свидетельствует о том, что "наибольшее распространение третейские суды (и это тоже неслучайно) получили в тех регионах России, которые в наибольшей степени развили предпринимательские отношения"[\*(601)](#sub_99601). Именно предпринимательство является доминантой, предопределяющей развитие и укрепление третейского судопроизводства. Предпринимательское право является основой развития института третейского разбирательства, процедуры которого приспосабливаются прежде всего под нужды материального предпринимательского права. Предпринимательское право диктует упрощенные подходы к системам доказательственного права, которое развивается в третейском судопроизводстве, минимальным стандартам формальностей при проведении судебных процедур, особенностям принятия третейскими судами судебных решений, а также исполнения этих решений спорящими сторонами и пр.

Представляется вполне закономерным возникновение множества конфликтов в таком динамическом сообществе, каковым является предпринимательская сфера. Существует прямо пропорциональная зависимость между количеством возникающих коммерческих контактов и числом возникающих по поводу торговых отношений конфликтов. Однако возникновение таких конфликтов не стоит чрезмерно драматизировать. Конфликты в предпринимательской сфере с макроэкономической точки зрения необходимо рассматривать как проявление более глубинных противоречий, являющихся, с одной стороны, источником движения в социально-экономической сфере, а с другой стороны, симптомами, требующими государственно-общественного вмешательства в антагонистические отношения, локализации и устранения соответствующими органами назревшей проблемы. Такой подход позволяет рассматривать конфликты как признаки напряжения в общественных отношениях, разрешение которого (напряжения) суть прогресс этих отношений, а значит и причина позитивного общественного развития. В этой связи представляется важным теоретический вывод, который делается конфликтологами: при определенных условиях конфликты могут способствовать стабильному развитию системы (стабилизирующие конфликты), и наоборот, при определенных условиях отсутствие конфликтов (синергизм и антагонизм системы, достигшие определенного критического уровня) также приводит к разрушению системы[\*(602)](#sub_99602). Исходя из сказанного, не кажется таким уж парадоксальным вывод о том, что конфликты способны выполнять консолидирующую, а в целом, как это ни покажется странным, весьма позитивную роль в социально-экономической системе[\*(603)](#sub_99603). Конструктивный потенциал конфликта заключается в возможности поиска и нахождения способов преодоления тех противоречий, которые составляют содержание и причину конфликта. Это обусловлено тем обстоятельством, что конфликт или, точнее, конфликтование представляет собой "некоторый процессуальный комплекс, образованный из процессов переорганизации деятельности в связи с новыми обстоятельствами, оформления новых предметов деятельности для их преобразования, мобилизации ресурсов для овладения ситуацией"[\*(604)](#sub_99604). Извлечение позитивного потенциала из конфликта - трудная, но вполне разрешимая задача, в том числе с использованием юридического инструментария.

Естественно, человечеством за многие столетия его существования наработаны способы разрешения конфликтов вообще и предпринимательских конфликтов в частности. Одним из наиболее эффективных и распространенных способов разрешения правовых конфликтов является рассмотрение споров государственными судебными органами. В то же время вследствие целого ряда причин государство в лице своей судебной власти не всегда эффективно справляется с разрешением огромного числа конфликта, а следовательно, заинтересовано в стимулировании создания таких механизмов разрешения правовых споров, в которых государственные суды не участвуют. К числу альтернативных способов разрешения споров относятся и третейские суды для разрешения экономических споров. Таким образом, государство, с одной стороны, снижает нагрузку на государственные суды, а с другой стороны, повышает эффективность разрешения споров, поскольку используемые для этого механизмы создаются самими тяжущимися лицами, испытывающими особое доверие к избираемым ими третейским процедурам. Следует учитывать и то обстоятельство, что государственные суды в силу специфики своей деятельности разрешают конфликт на основе применения правовых норм, оставляя при этом неправую сторону психологически неудовлетворенной. При контрактных юрисдикциях акцент деятельности посредника, помогающего сторонам разрешить конфликт, смещается - перед ним стоит цель добиться того, чтобы стороны конфликта услышали друг друга через посредника, а услышав, попытались найти взаимоприемлемое, основанное на обоюдных уступках решение. Если посредником в разрешении конфликта выступает третейский суд, то его задачей является еще и юридизация, то есть введение в правовое поле такого вырабатываемого сторонами решения. Таким образом, если государственный суд чрезмерно формализует процедуры, в условиях которых происходит разрешение спора, то для посредника или третейского суда главной задачей является создание атмосферы обоюдного внимания, что является необходимой предпосылкой разрешения спора на основе взаимного соглашения.

Психологи в качестве основных, типичных моделей поведения в конфликте выделяют давление (конфронтацию), арбитраж и переговоры[\*(605)](#sub_99605). При юридических конфликтах их психологическая составляющая предопределяет и моделирование правовых форм разрешения конфликтов. Наиболее трудным является путь самостоятельного разрешения сторонами возникшей между ними коллизии. Достижение согласия в этом случае может быть оформлено, "юридизировано" путем заключения заинтересованными лицами мирового соглашения.

Однако в силу целого ряда причин, как правило, вследствие того, что непосредственные взаимоотношения участников конфликта затруднительны либо поиск ими путей выхода из конфликта оказался неудачным, стороны обращаются к иным формам разрешения конфликтов. В числе иных форм разрешения конфликта (с привлечением нейтрального третьего лица) выделяются, во-первых, обращение к арбитру - государственному суду или третейскому суду, принятие которым решения "юридизирует" последствия разрешения конфликта и, во-вторых, обращение к посреднику, участие которого в конфликте помогает найти приемлемое решение, как правило, оформляемое по типу мировой гражданско-правовой сделки.

При арбитрировании, которое осуществляется государственным судом или третейским судом, разрешение конфликта происходит на основании нормы, которая установлена законом, либо договором между сторонами, либо - в некоторых случаях - арбитром (государственным судом или третейским судом). При такой форме разрешения правового конфликта арбитр оценивает конфликтный случай, дает квалификацию отношениям сторон и обстоятельствам дела и принимает решение в соответствии с избранной нормой. При этом если государственный суд, разрешая конфликт, в основном довольно жестко связан нормами действующего законодательства (особенно процессуального), то третейский суд более свободен в выборе норм, в том числе и сам может выступать своего рода правотворцем, особенно при выборе процедур, при помощи которых происходит разрешение конфликта. Если в государственном суде участники конфликта соподчинены суду, их обязанность - давать правдивые показания, то в третейском разбирательстве - взаимоотношения между судом и сторонами более гибкие, они близки к сотрудничеству. В то же время в обоих случаях: и при разрешении конфликта в государственном суде, и при разрешении конфликта в третейском суде принимает решение, по существу, сам арбитр, самостоятельно. Участники конфликта в принятии решения не участвуют, за исключением случаев, когда решением оформляется мировое соглашение.

Переговоры о разрешении конфликта можно квалифицировать как более эффективную модель его разрешения. При этом появление в переговорах посредника является фактором, значительно увеличивающим их эффективность. Однако посредник должен отвечать целому ряду условий. Он должен разбираться в существе дела. Он должен пользоваться авторитетом у конфликтующих сторон. Посредник не должен быть навязан сторонам; они должны самостоятельно избрать лицо, способное к эффективному разрешению коллизии. Он должен быть компетентным в процедурах, при помощи которых осуществляется разрешение конфликта. Владение процедурами оказывается особенно важным в контексте того обстоятельства, что при помощи посредника разрешаются юридические коллизии. Совместно выработанное при этом решение не должно противоречить действующему законодательству ни теми способами (процедурами), которыми оно было достигнуто, ни теми правовыми последствиями, которые оно вызывает. В противном случае, т.е. в случае противоречия способов, форм и последствий принятого решения, оно не может достигнуть поставленной цели - разрешения юридической коллизии при помощи посредника.

Идеальным результатом переговоров или арбитража, предпринятых с целью устранения юридической коллизии, является заключение конфликтующими сторонами мирового соглашения. Это достижимо при активной миротворческой роли, которую играет орган арбитража. Однако с юридической точки зрения мировое соглашение будет иметь правовой эффект только при наличии следующих условий. Во-первых, мировое соглашение должно быть результатом взаимного добровольного согласия. Во-вторых, должны быть соблюдены обязательные процедурные условия, с которыми закон связывает возможность вступления в силу мирового соглашения. Это касается и таких условий, как форма, содержание мирового соглашения. В-третьих, мировое соглашение должно быть выполнимо. Это означает, что при принятии соответствующего решения стороны должны составить представления о ресурсе выполнения условий мирового соглашения с точки зрения как фактической его реализации, так и его легальности, соответствия нормам права.

Особенно большое значение имеют третейские суды в предпринимательской сфере. Авторитетные российские юристы не случайно отмечают, что "третейские суды, прежде всего предназначенные для разбирательства экономических, предпринимательских споров, призваны осуществлять судебную защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав (что впервые было прямо установлено в п. 1 ст. 11 ГК РФ) и тем самым содействовать развитию современного имущественного оборота"[\*(606)](#sub_99606).

Но не только в этой сфере важно формирование институтов третейского разбирательства. В юридической литературе подчеркивается, что особенно интересным является "создание третейских судов, специализирующихся на разрешении правовых конфликтов в определенной сфере гражданского оборота (фондового рынка, биржевой торговли, страхования, банковской деятельности)"[\*(607)](#sub_99607). При этом констатируется, что "весь процесс предпринимательской деятельности невозможен без использования той или иной формы примирения, в противном случае происходит регресс рыночной экономики к административно-командному управлению"[\*(608)](#sub_99608). Саморегулирование предпринимательства не может не основываться на рычагах разрешения возникающих коллизий за счет ресурсов самой предпринимательской системы, без того, чтобы прибегать к внешним по отношению к этой системе источникам, то есть к государственным механизмам разрешения споров.

Многочисленные преимущества третейских судов, и прежде всего быстрота разрешения ими правовых споров, являются теми необходимыми факторами, которые способствуют скорости и стабильности коммерческого оборота. Не случайно в условиях, когда требовалось быстрое принятие решений, направленных на повышение эффективности экономики (речь идет о начале 90-х гг. ХХ столетия), в Российской Федерации был принят нормативный правовой акт о третейском разбирательстве именно в экономической сфере - Временное положение о третейских судах по разрешению экономических споров. Вместе с тем эволюционирование экономики в России за последние 12-15 лет повлекло и изменения в деятельности третейских судов и в правовом регулировании их деятельности. Исследователи отмечают, что правовая база деятельности третейских судов "серьезно, коренным образом обновилась за последние годы, что вкупе со становлением и бурным развитием ряда структур обеспечения рыночной экономики способствовало образованию и не менее бурному росту числа разнообразных по организационно-правовой форме, задачам, функциям, компетенции, структуре и процедурам деятельности третейских судов. Часть таких судов самоликвидировалась (например, с прекращением деятельности многих бирж, при которых они функционировали), часть ограничила объемы своей работы. Одновременно с созданием новых организационных рыночных структур (например, Союза нефтегазопромышленников, различных межбанковских объединений, вертикально интегрированных компаний, холдингов и пр.) образуются новые третейские суды с новыми задачами и новыми особенностями разрешения споров"[\*(609)](#sub_99609). В любом случае именно на разрешение конфликтов в предпринимательской сфере было нацелено подавляющее количество третейских судов, созданных в период зарождения рыночных отношений в нашем государстве.

Государственная судебная система, выполняющая функции основного, наиболее надежного правового механизма, при помощи которого обеспечиваются и справедливо распределяются права, оказывается в то же время чрезвычайно затратной, дорогой и, кроме того, негибкой. Экономисты, занимающиеся этой проблемой, отмечают, что "издержки использования централизованной системы запретительно высоки для рынков, характеризующихся неверифицируемой информацией. Судебная система недостаточна при сложных трансакциях, связанных со специфическим взаимодействием"[\*(610)](#sub_99610). Таким образом, при организации товарообмена объективно существует глобальная потребность в создании конкурирующих правовых институтов, экономическая стоимость которых эффективно соперничала бы с центральным звеном юрисдикционной системы - государственными судами, традиционно демонстрирующими свою экономическую неэффективность. Третейские суды в этом контексте и являются одним из конкурирующих правовых институтов, позволяющих искать возможности минимизации трансакционных издержек, в качестве которых рассматриваются расходы предпринимателей на содержание и функционирование юрисдикционной системы. В этом смысле тяжущиеся стороны уподобляются сторонам контракта, рассчитывающим выгодность заключенного договора. Но, "как и при любом контракте, необходимым условием успеха переговоров является существование цены, при которой обе стороны будут считать, что соглашение увеличит их благосостояние. Поэтому переговоры о разрешении конфликта могут завершиться неудачей и начнется судебное разбирательство, если минимальная цена, которую истец готов принять для отказа от своих претензий, превышает максимальную цену, которую готов уплатить ответчик для удовлетворения этих претензий"[\*(611)](#sub_99611). Таким образом, если заинтересованные субъекты ограниченно рациональны в своем экономическом поведении, то решающую роль начинает играть механизм управления договорными отношениями, существующими между ними, который, в свою очередь, зависит от допущений относительно признаков соответствующих издержек. В том случае если специфичность активов низка, то отношения между экономическими субъектами прерываются без ощутимого ущерба для сторон и возникший между ними правовой спор успешно разрешается государственным судом. Если же специфичность активов оказывается высокой, то зависимость контрагентов от этого обстоятельства повышается, если заинтересованные субъекты предпочтут обращению в суд и прерыванию отношений частный порядок урегулирования конфликта[\*(612)](#sub_99612). В этом смысле направленность экономических интересов частных субъектов объективно совпадает с направленностью интересов всей хозяйственной системы, в рамках которой эти субъекты функционируют, что повышает востребованность конкурирующего правового института, используемого для разрешения спора (а таковым, как мы помним, и является третейский суд, который конкурирует с государственным судом). Субъект, заинтересованный в разрешении спора, рассчитывает издержки, связанные с соответствующими судебными (третейскими) процедурами, и выбирает те из процедур, которым соответствуют наименьшие затраты, как финансовые, так и материальные, временные и т.д. Конечно, при этом учитывается и степень эффективности и исполнимости того юрисдикционного решения, которого добивается заинтересованный в этом решении экономический агент. Эти два фактора оказываются наиболее значимыми при принятии решения о выборе той или иной юрисдикционной процедуры, при помощи которой предприниматель стремится устранить конфликт со своим контрагентом и добиться нужного ему решения. Конечно, в данном случае речь идет о мотивах принятия решения исключительно в связи с соображениями экономического характера. В данном случае не учитываются соображения морального характера, прежде всего связанные с представлениями о справедливости, о нравственном долге и пр., то есть те соображения, которые зачастую оказываются гораздо более значимыми, нежели соображения экономического характера.

Но если вернуться к принятию решения исключительно по соображениям экономического характера (а именно таковые свойственны предпринимательским решениям, принимаемым в условиях коммерческой конкуренции), то главными факторами, оказывающими влияние на принятие решения, оказываются факторы, основанные на учете соотношения затрат и достигаемой выгоды. Не случайно в странах с развитой рыночной экономикой, т.е. с экономикой, в которой столетиями оптимизируются трансакционные издержки на производство и продвижение товара, весьма отчетлива направленность на поиск эффективных юрисдикционных процедур, не связанных с государственно-судебным рассмотрением споров. Западные ученые отмечают, что в развитом рыночном обществе "юридические процедуры изобилуют механизмами, направленными на то, чтобы избегать судебных разбирательств, поощряя частные соглашения, предполагающие обмен законными правами"[\*(613)](#sub_99613). Непрерывность отношений между партнерами стимулирует их отказываться от привлечения государства в качестве арбитра при разрешении спора. Особенно это касается споров коммерческого характера. Обращение в суд становится невыгодным для сторон и побуждает их искать иные, альтернативные способы разрешения споров[\*(614)](#sub_99614). Эта ситуация, в свою очередь, базируется на хорошо известном постулате о том, что агенты рыночного обмена устремлены к максимизации своих функций полезности в пределах существующих ограничений; при этом логика экономического поведения каждого из них предопределена различием тех экономических ролей, которые они играют, но это же делает возможным их взаимодействие, устанавливая его природу и динамику[\*(615)](#sub_99615). Поиск оптимальных путей разрешения правовых споров соответствует нормальному экономическому поведению субъектов рыночного обмена (в данном случае не учитываются моральные аспекты экономически значимого поведения). Минимизация издержек - это составляющая поведения экономических агентов, в том числе того поведения, посредством которого устраняются коллизии, возникающие с иными субъектами товарообмена. Поскольку третейские процедуры менее затратны, нежели процедуры разрешения споров в государственных судах, то часто это обстоятельство оказывается решающим фактором при принятии заинтересованным лицом соответствующего решения о выборе судебной процедуры.

Таким образом, одним из средств достижения такой цели, как снижение трансакционных издержек, становится удешевление институтов разрешения конфликтов. И эта цель, как показывает юрисдикционная практика последних десятилетий, оказывается достижимой в тех государствах, в которых имеются устойчивые традиции внесудебного урегулирования правовых споров. Большинство западных предпринимателей предпочитают обращаться за разрешением споров в третейские (арбитражные) учреждения, а не в государственные суды. Так, одно из самых авторитетных в мире сообществ арбитражных учреждений - Американская ассоциация третейских судов (ААА) - ежегодно разбирает до 800 тыс. правовых споров, из которых около 800 имеют международный коммерческий характер[\*(616)](#sub_99616). Все вышеизложенное свидетельствует о том, что США являются признанным лидером среди западных государств в применении альтернативных юрисдикционных способов для разрешения правовых споров. Практика США в этом смысле является примером, на который ориентируются другие государства западной демократии. И в целом можно констатировать, что в западных правовых системах альтернативные способы разрешения споров приобретают все большее значение.

Так, исследования, проведенные в Германии в 90-е гг. ХХ столетия, показали, что почти 90% всех международных договоров с участием немецких предприятий содержали арбитражную оговорку[\*(617)](#sub_99617). Это обстоятельство свидетельствует, с одной стороны, о высочайшем уровне доверия со стороны предпринимателей к третейским судам (арбитражам), а с другой стороны, об осознании предпринимателями экономической эффективности обращения за разрешением экономических споров именно к арбитражным учреждениям.

Впечатляющие результаты в этой сфере демонстрирует правовая система Великобритании. Так, коммерческий суд Англии в 1999 г. отправил 24% дел на внесудебную медиацию. Эти дела рассматривались в рамках частных юрисдикций. Из них 85% споров при участии посредников окончились реальным примирением сторон[\*(618)](#sub_99618). Это доказывает высокую эффективность альтернативных способов разбирательства правовых споров, используемых в правовой системе Великобритании. Равным образом это объясняет и причины, вследствие которых английское правительство поддерживает альтернативные способы разрешения споров.

Сходные показатели фиксируются и в восточных государствах, существенным образом отличающихся от западных стран. Так, в КНР 88% всех споров по экономическим контрактам за период с 1984 по 1986 г. были разрешены негосударственными арбитражными комитетами (третейскими судами)[\*(619)](#sub_99619). Впрочем, для китайской правовой системы разрешение споров негосударственными органами является исторически традиционным и отражает свойственную восточным правовым культурам тенденцию обращения к альтернативным способам разрешения споров.

Согласно некоторым оценкам, по спорам, возникающим в отношениях международного товарообмена, до 90% решений принимается международным коммерческим арбитражем за рамками национальных судебных систем и потому "нейтральных" по отношению к ним[\*(620)](#sub_99620).

Статистика, таким образом, свидетельствует о том, что медиация и третейское разрешение экономических споров активно используются различными правовыми системами независимо от их ориентации и традиций (как западными, так и восточными).

В ряду основных институтов, позволяющих достичь означенную цель, можно назвать третейское разбирательство правовых споров, впрочем, вместе с иными альтернативными способами рассмотрения споров. Таким образом, с точки зрения макроэкономического анализа третейское разбирательство оказывается тем правовым институтом, с которым объективно связывается глобальная потребность в уменьшении сопутствующих издержек, затрачиваемых на производство и реализацию производимых товаров.

Либерализм является той идеей, которая питает предпринимательство. Именно на либеральных идеях, которые апеллируют к свободе, разделению властей, самоответственности гражданского общества, дают наиболее значимые всходы рынок, предпринимательство, коммерция. Это, в свою очередь, является источником интенсивного развития социально-экономической основы жизни общества.

В начале XXI в. Россия столкнулась с кризисом либеральных идей. И это сразу отразилось на развитии предпринимательства, а более опосредованно - на правовых механизмах, обеспечивающих предпринимательство. Так, в какой-то степени утихла эйфория, царившая после принятия Федерального закона от 24 июля 2002 г. N 102-ФЗ "О третейских судах в Российской Федерации"[\*(621)](#sub_99621) вокруг третейских судов как юридического механизма, конкурирующего с государственным правосудием. Замедлился рост количества вновь создаваемых третейских судов. Значительное число третейских судов дискредитировало себя. Это в какой-то степени сказалось и на популярности третейской идеи. Государственные суды со значительной степенью недоверия относятся к решениям, принимаемым третейскими судами. В свою очередь, это обстоятельство сказывается на исполнимости решений третейских судов и, как следствие, на авторитете третейских судов.

# Некоторые вопросы общей характеристики преступлений в сфере экономической деятельности по Уголовному кодексу Российской Федерации (Волженкин Б.В.)

В настоящее время уголовное законодательство Российской Федерации содержит описание 41 преступления в сфере экономической деятельности, составы которых изложены в 35 статьях гл. 22 УК РФ[\*(622)](#sub_99622). Это разные преступления, отличающиеся друг от друга и характеристикой непосредственного объекта посягательства, и признаками объективной стороны, характером общественной опасности и степенью тяжести. С учетом квалифицированных видов из числа данных преступлений (всего 76 составов) 27 относятся к числу преступлений небольшой тяжести, 25 - средней тяжести, 20 преступлений являются тяжкими, а 4 - особо тяжкими. Объединяющий эти деяния видовой объект может быть определен как охраняемая государством система общественных отношений, складывающихся в сфере экономической деятельности в обществе, ориентированном на развитие рыночной экономики. Иначе говоря, таким объектом является установленный порядок осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности по поводу производства, распределения, обмена и потребления материальных благ и услуг. Государство устанавливает в регулятивных законах гарантии свободы предпринимательской и иной экономической деятельности, правила (порядок) этой деятельности и при помощи охранительных уголовных законов стремится обеспечить их исполнение.

В качестве критериев криминализации экономических правонарушений, их криминоообразующих признаков действующий Уголовный кодекс РФ, отказавшись от конструирования составов с административной преюдицией, чаще всего использует:

1) характер причиненного последствия, обозначая его понятием "крупный ущерб" (ст. 171, 172, 173, 176, 178, 180, 185, 185.1, 195, 196, 197);

2) размеры (масштабы) правонарушающей экономической деятельности (ст. 171, 171.1, 172, 177, 180, 188, 192, 193, 198, 199, 199.1, 199.2);

3) способ действия - обман, подкуп, угрозы, сговор (ст. 17, 179, ч. 1 ст. 183 и др.);

4) мотивация - корыстная или иная личная заинтересованность (ст. 170, 173, 181, 196) или особая цель деятельности (ст. 173, 184, 197).

В уголовно-правовых исследованиях, проведенных после вступления в действие УК РФ 1996 г., высказывались предложения сконструировать составы некоторых экономических преступлений по типу формальных[\*(623)](#sub_99623). Эта идея представляется сомнительной. Прав Л.Л. Кругликов, отмечая, что конструирование без достаточных оснований ряда составов по типу формальных изначально обрекло их на неприменение, "ибо совершенно очевидно, что во многих случаях по степени вредности такое поведение не выходит за рамки дисциплинарного или административного правонарушения"[\*(624)](#sub_99624). Это тем более важно, поскольку именно отсутствие предусмотренных в статьях УК РФ последствий либо меньшие размеры (масштаб) правонарушающей экономической деятельности отличают деяния, по характеру нарушений сходные с преступлениями, но квалифицируемые как административные правонарушения согласно КоАП РФ 2001 г.[\*(625)](#sub_99625), например:

- осуществление предпринимательской деятельности без государственной регистрации или без специального разрешения (лицензии) - ст. 14.1;

- незаконное использование товарного знака - ст. 14.10;

- незаконное получение кредита - ст. 14.11;

- фиктивное или преднамеренное банкротство - ст. 14.12;

- неправомерные действия при банкротстве - ст. 14.13;

- недобросовестная эмиссия ценных бумаг - ст. 15.17;

- нарушение валютного законодательства - ст. 15.25 и др.

В связи с этим исключительно важное практическое значение приобретает толкование понятий "крупный размер" и "крупный ущерб".

При принятии УК РФ ни в одной статье, где в качестве криминообразующего или квалифицирующего признака того или иного преступления в сфере экономической деятельности было названо причинение деянием крупного ущерба, не содержалось никаких указаний на количественный или качественный критерии признания причиненного ущерба крупным. Напротив, понятие "крупный размер" соответствующего преступления, за редким исключением (ч. 2 ст. 186 УК РФ), получило легальное определение.

В уголовно-правовой литературе неоднократно высказывалось мнение, что отсутствие в законе количественной характеристики ущерба, квалифицируемого как крупный, является недостатком УК РФ, существенно затрудняющим применение норм об ответственности за экономические преступления, в связи с чем предлагались различные количественные критерии крупного ущерба[\*(626)](#sub_99626). В то же время ряд специалистов признавал непродуктивными подобные попытки, считая целесообразным оставить это понятие оценочным[\*(627)](#sub_99627).

Дискуссионным оказался и вопрос о содержании ущерба в экономических преступлениях. Так, Н.А. Лопашенко выдвинула и отстаивала точку зрения, согласно которой крупный ущерб, причиняемый преступлением в сфере экономической деятельности, может быть как материальным (имущественным или неимущественным), так и моральным. Крупный материальный неимущественный ущерб может выражаться, в частности, в причинении средней тяжести вреда здоровью людей, а крупный моральный ущерб - причинении ущерба авторитету органов власти и управления, деловой репутации хозяйствующих субъектов. Другими возможными последствиями экономического преступления, оцениваемыми как крупный ущерб, названо банкротство предприятия или индивидуального предпринимателя, сокращение большого количества рабочих мест, срыв на продолжительное время работы служб, обеспечивающих жизнедеятельность населения, и т.д.[\*(628)](#sub_99628)

Другая группа криминалистов утверждала, что поскольку рассматриваемые преступления совершаются против порядка осуществления предпринимательской или иной экономической деятельности в сфере производства, распределения, обмена и потребления материальных благ, то последствия их совершения должны носить материальный характер в виде имущественного ущерба[\*(629)](#sub_99629). Если же данное деяние причиняет, помимо имущественного ущерба, какой-либо физический вред и иной ущерб неимущественного характера (что вполне возможно), то необходима квалификация по совокупности соответствующих преступлений.

Впервые количественная характеристика крупного ущерба, причиненного гражданам, организациям или государству, была дана Федеральным законом от 4 марта 2002 г. N 23-ФЗ "О внесении изменения и дополнения в Уголовный кодекс Российской Федерации в части усиления уголовной ответственности за преступления на рынке ценных бумаг"[\*(630)](#sub_99630) применительно к составам злоупотребления при эмиссии ценных бумаг (ст. 185) и злостного уклонения от предоставления инвестору или контролирующему органу информации, определенной законодательством РФ о ценных бумагах (ст. 185-1). Позднее Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. N 162-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации"[\*(631)](#sub_99631) в примечании к ст. 169 УК РФ установил, что в статьях гл. 22 УК РФ, за исключением ст. 174, 174.1, 178, 185, 185.1, 193, 194, 198, 199 и 199.1, крупным размером, крупным ущербом, доходом или задолженностью в крупном размере признаются стоимость, ущерб, доход либо задолженность в сумме, превышающей 250 тыс. руб., особо крупным - 1 млн. руб. В [статьях](#sub_18), упомянутых здесь как исключение, законодатель определил крупный размер (ущерб) иными величинами.

Итак, на сегодняшний день на легальном и правоприменительном уровнях понятие крупного ущерба при совершении преступлений в сфере экономической деятельности определено, что не исключает возможности продолжения научной дискуссии по этому вопросу. "Существование в законодательстве оценочных понятий, - отмечает академик В.Н. Кудрявцев, - объясняется тем, что они дают возможность хорошо учитывать социальную обстановку, специфические обстоятельства дела... Существование в законе оценочных понятий неизбежно. Они полезны, если устанавливаются для тех случаев, когда это необходимо и когда правильно применяются на практике. Вот почему важно подчеркнуть, что употребление этих понятий ни в коем случае не должно порождать произвола. Оценочные суждения должны основываться на реальных фактах, отражать требования закона, истолковываться во взаимосвязи с другими институтами и понятиями права"[\*(632)](#sub_99632). Поэтому тезис Н.А. Лопашенко, что содержание оценочных понятий как определяющих в конечном счете преступное и непреступное может быть раскрыто только в самом уголовном законе[\*(633)](#sub_99633), выглядит несколько утопическим.

Формализовав понятие крупного ущерба, законодатель лишил возможности дифференцированного подхода к его оценке в зависимости от особенностей потерпевшего (имущественное положение, финансовое состояние), каковым может оказаться гражданин, индивидуальный предприниматель, коммерческая или иная организация, государство[\*(634)](#sub_99634). Один и тот же по своей фактической величине ущерб для одного потерпевшего может обоснованно считаться крупным, а для другого - нет. Думается, что более правильно поступил законодатель, разъясняя понятие значительного ущерба гражданину, потерпевшему от некоторых преступлений против собственности, и указав при этом лишь минимальную величину ущерба, ниже которой нельзя опускаться при решении вопроса о признании ущерба значительным. Однако само по себе причинение ущерба гражданину на эту сумму не предопределяет признание ущерба значительным, поскольку в этом случае должна даваться оценка ущербу как значительному или нет с учетом имущественного положения потерпевшего (прим. 2 к ст. 158 УК РФ).

Дискуссионным является вопрос о предметном содержании понятия "ущерб" применительно к экономическим преступлениям. При этом все исследователи отталкиваются от понятия убытков, сформулированного в п. 2 ст. 15 ГК РФ, согласно которому к убыткам относятся "расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода)". По мнению Л.Д. Гаухмана, "для уголовно-правовой оценки содеянного имеет значение лишь такой компонент реального ущерба, как утрата или повреждение имущества, - только он учитывается при квалификации преступления. Другие компоненты общего ущерба - расходы для восстановления нарушенного права и упущенная выгода - имеют исключительно гражданско-правовое значение и могут быть взысканы с виновного в порядке гражданского иска"[\*(635)](#sub_99635). Напротив, Б.В. Яцеленко и М.Г. Жилкин исключают из понятия "ущерб" при совершении экономических преступлений такой элемент, как реальный или положительный имущественный вред, и полагают, что "ущерб от преступлений в сфере экономической деятельности состоит в неполученных доходах, на поступление которых субъект должен рассчитывать в силу закона или иного законного основания". К тому же из двух форм упущенной выгоды - неполучение должного дохода и неполучение предполагаемого (вероятного) дохода - авторы полагают возможным включать в ущерб лишь первую форму упущенной выгоды - неполучение должных доходов[\*(636)](#sub_99636). Вместе с тем подавляющее большинство исследователей обоснованно включают в ущерб, причиняемый экономическими преступлениями, как реальный ущерб, так и упущенную выгоду[\*(637)](#sub_99637).

Характерной особенностью диспозиций статей УК РФ о преступлениях в сфере экономической деятельности является их бланкетность. Дискуссия ведется лишь по вопросу о том, все ли статьи в этой главе имеют бланкетную диспозицию (бланкетные признаки) или только большинство из них[\*(638)](#sub_99638). Такой прием описания составов экономических преступлений понятен и вполне допустим, поскольку данные преступления нарушают порядок осуществления предпринимательской или иной экономической деятельности, установленный различными отраслями права в соответствующих законах, регулирующих экономическую деятельность. Естественно, это вынуждает применителя норм уголовного закона систематически обращаться к действующему гражданскому, финансовому, таможенному, налоговому и т.д. законодательству.

При формулировании уголовно-правовых предписаний в бланкетных и описательно-бланкетных диспозициях, как тонко заметил А.В. Наумов, "нормы иных отраслей права включаются в диспозицию статей уголовного закона, и состав соответствующего преступления конструируется в этих случаях путем включения указанных норм в ткань уголовного закона. В связи с этим неуголовно-правовые нормы превращаются в "клеточку" уголовно-правовой материи"[\*(639)](#sub_99639). В то же время очевидно, что в принципе любую бланкетную диспозицию можно развернуть в описательную, поскольку уголовно-правовая норма, воссозданная в ее полном объеме и содержании, включает в себя все те правила, запреты и обязанности, установленные в нормативных актах регулятивных отраслей права, ответственность за нарушение которых предусмотрена данной нормой.

Дискуссионность проблемы содержания уголовно-правовых норм о преступлениях в сфере экономической деятельности, изложенных в статьях УК РФ с бланкетной диспозицией, заключается в различных ответах на вопрос: какие нормативные акты регулятивных отраслей права, где сформулированы определенные правила, запреты и обязанности, могут составлять содержание этих норм? И.В. Шишко аргументирует положение, что правила, обязанности и запреты, за нарушение которых предусмотрена уголовная ответственность, могут устанавливаться не только федеральными, но и региональными и даже локальными нормативными актами[\*(640)](#sub_99640) и что "отражение влияющих на квалификацию преступлений особенностей в федеральном, региональном, муниципальном и осуществляемом отдельными хозяйствующими субъектами регулировании экономических отношений является дополнительной функцией бланкетных норм главы 22 УК"[\*(641)](#sub_99641).

Однако, если признать верным положение, что соответствующие правила, обязанности и запреты входят в содержание уголовно-правовой нормы, изложенной в статье с бланкетной диспозицией, то отсюда следует вывод: эти правила, обязанности и запреты могут быть установлены только на федеральном уровне, а отнюдь не региональными и локальными нормативными актами. Уголовно-правовая норма не может иметь разное содержание в зависимости от региона (субъекта Федерации) и тем более от муниципального образования. Нельзя забывать положение Конституции РФ, что уголовное законодательство находится в ведении Российской Федерации (п. "о" ст. 71).

Из того факта, что правила, обязанности и запреты, установленные регулятивным экономическим законодательством, входят в содержание уголовно-правовой нормы об ответственности за их нарушение, вытекает решение, связанное с проблемой обратной силы уголовного закона. Когда положения регулятивного закона вследствие бланкетного изложения диспозиции статьи стали частью (элементом) уголовно-правовой нормы, тогда изменения, вносимые в эту регулятивную норму, одновременно являются и изменениями уголовно-правовой нормы, влекущими расширение или сужение круга преступного, рамок и условий уголовной ответственности, частичную декриминализацию или криминализацию. В результате подобных изменений уголовный закон получает иное содержание, становится по существу новым (хотя формально текст статьи УК не изменился) и, если новое содержание уголовного закона исключает преступность какого-либо деяния, этот новый (по содержанию, а не по форме) уголовный закон имеет обратную силу[\*(642)](#sub_99642). Именно так, судя по всему, рассуждал Пленум Верховного Суда РФ, сформулировав в п. 17 Постановления от 18 ноября 2004 г. N 23 "О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств и иного имущества, приобретенных преступным путем"[\*(643)](#sub_99643) следующее положение: "Если федеральным законодательством из перечня видов деятельности, осуществление которых разрешено только на основании специально разрешения (лицензии), исключен соответствующий вид деятельности, в действиях лица, которое занималось таким видом предпринимательской деятельности, отсутствует состав преступления, предусмотренный статьей 171 УК РФ".

В статьях УК РФ о преступлениях в сфере экономической деятельности широко используются понятия и термины прежде всего гражданского, а также других регулятивных отраслей права, например: предпринимательство, сделка, кредит, банкротство, банковские операции, налог, ценная бумага, таможенный платеж и др. В юридической литературе неоднократно подчеркивалось, что системность права в принципе должна исключать различное понимание одних и тех же терминов и понятий в разных отраслях права.

П.С. Яни, анализируя проблему бланкетности "экономических" статей УК РФ, писал, что содержание понятий, использованных в нормах УК РФ, охраняющих конкретные общественные отношения, выражено в понятиях нормативных актов, регулирующих данные отношения[\*(644)](#sub_99644). Еще более категорична в этом вопросе И.В. Шишко, которая справедливо отметила, что законодатель нередко ограничивает значение использованных в том или ином нормативном акте понятий рамками именно этого акта и вкладывает в это же понятие в другом нормативном акте несколько иное содержание. Отсюда делается очень важный вывод, что "при толковании иноотраслевого термина (т.е. бланкетного признака) в диспозиции уголовно-правовой нормы следует исходить из его значения не во всем правовом массиве и, как правило, даже не в одной отрасли законодательства, а только в том нормативном правовом акте, который непосредственно регулирует общественные отношения, охраняемые конкретной бланкетной нормой Уголовного кодекса. Одно и то же понятие последовательно и неуклонно определяется одним термином внутри целой отрасли законодательства только при законодательном распространении его на отрасль"[\*(645)](#sub_99645). И далее: "....разнородность общественных отношений, охраняемых нормами гл. 22 Уголовного кодекса.... обусловливает, как правило, невозможность использования в ней одного иноотраслевого термина в одном значении!"[\*(646)](#sub_99646)

Очевидно, что это обстоятельство крайне осложняет применение уголовного закона.

Непростым является вопрос о форме вины в составах преступлений в сфере экономической деятельности. Формулировка ч. 2 ст. 24 УК РФ обязывает применительно к каждому такому составу устанавливать форму вины путем толкования уголовного закона с учетом особенностей объективной стороны преступления, включенных в число признаков состава характеристик мотива и цели деяния и иных обстоятельств.

Подобный анализ составов преступлений в сфере экономической деятельности, по мнению большинства криминалистов, позволяет утверждать, что данные составы характеризуются умышленной виной. Это относится и к материальным составам, где условием возникновения уголовной ответственности является наступление последствия в виде крупного ущерба. К этим деяниям неприменима концепция двух форм вины, когда в результате умышленного преступления причиняются по неосторожности более тяжкие последствия, которые по закону влекут более строгое наказание. За двумя исключениями (ч. 2 ст. 169 УК РФ и ч. 3 и 4 ст. 183 УК РФ) последствия являются элементом основного состава преступления, объективная сторона которого выполняется умышленно. Совершая это действие или бездействуя, субъект предвидит, хотя бы в общем виде, вредные последствия, желает их наступления либо сознательно допускает или безразлично относится к возможности наступления таких последствий.

В то же время ряд криминалистов допускают совершение экономических преступлений и с неосторожной виной. Так, П.Н. Панченко считает, что неосторожная вина возможна при совершении преступлений, предусмотренных ст. 169, 171, 172, 173, 185, 195 УК РФ[\*(647)](#sub_99647); С.И. Улезько и А.А. Витвицкий - в преступлениях, предусмотренных ст. 171, 180, 185 УК РФ[\*(648)](#sub_99648); А.С. Коренев - в ст. 171 и 172 УК РФ[\*(649)](#sub_99649); И.А. Клепицкий - в ст. 176 и 185 УК РФ[\*(650)](#sub_99650) и др. Действительно, сугубо теоретически подобные конструкции представить можно. Но нужно ли это? Справедливо считает Л.В. Иногамова-Хегай: "Стремление распространить уголовную ответственность на лиц, действующих по неосторожности, является отражением подхода тотального контроля и максимального наказания предпринимателей за любые отступления от предписаний закона (а в большей части - от различных ведомственных инструкций). Думается, неосторожная вина в экономических преступлениях не может и не должна иметь место. Ответственность за неосторожные формы деятельности вполне может быть реализована в рамках гражданско-правовых норм и (или) административного права"[\*(651)](#sub_99651). Во избежание ненужных дискуссий и ошибок при рассмотрении уголовных дел законодателю следует вполне определенно зафиксировать в диспозициях статей соответствующую форму вины.

Необходимо обратить внимание на содержание умысла при совершении преступлений в сфере экономической деятельности. Суть экономических преступлений заключается в том, что они нарушают порядок осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности, закрепленный в регулятивных законах. Поэтому сознание общественной опасности совершаемого в таких случаях деяния как обязательный элемент умысла невозможно без осознания факта нарушения соответствующего закона правила, обязанности, а отсюда можно сделать вывод: сознание противоправности является существенным признаком умышленной вины при совершении преступлений в сфере экономической деятельности. Эта позиция находит все большую поддержку среди криминалистов. Таким образом, даже действующая на сегодняшний день законодательная трактовка умышленной вины, не требующая осознания уголовной противоправности совершаемого общественно опасного деяния, предполагает необходимость установления знания (понимания) лицом того обстоятельства, что он нарушает установленные регулятивным законодательством правила, обязанности, запреты и т.д. Заслуживающее внимания решение проблемы содержания вины при совершении преступлений в сфере экономической деятельности предлагает И.В. Шишко. Прежде всего она согласна с тезисом, что незнание лицом установленных регулятивным законодательством запретов или обязанностей исключает осознание им общественной опасности их нарушения, поскольку не осознается и сам факт нарушения. В то же время, отмечает автор, возможны случаи, когда лицо, осознавая сам факт нарушения, не осознает общественную опасность данного деяния. В связи с этим И.В. Шишко полагает целесообразным включить сознание противоправности в определение умысла (ст. 25 УК РФ) как элемент дизъюнкции: "Преступление признается совершенным с прямым (косвенным) умыслом, если лицо осознавало общественную опасность или противоправность своих действий (бездействия).... Такая дефиниция умысла исключит необходимость установления осознания противоправности очевидно общественно опасных преступлений и осознание общественной опасности преступлений, в которых это осознание вторично к осознанию противоправности или вообще невозможно"[\*(652)](#sub_99652).

Первые несколько лет действия УК РФ 1996 г. показали, что правовой потенциал, заложенный в его нормах об ответственности за преступления в сфере экономической деятельности, используется далеко не полностью. Приведу данные о количестве зарегистрированных преступлений по статьям гл. 22 УК РФ, выявленных лиц, совершивших такие преступления, и осужденных за их совершение за период с 1997 по 2003 г.

1997 61  689 41  835 22 242

1998 85  571 61  345 29 268

1999 117  720 89  678 42 983

2000 160  419 125  091 49 061

2001 165  909 132  695 60 847

2002 142  947 103  563 43 837

2003 120  369 83  382 36 563

Всего 854  625 637  589 284 801

Таким образом, за семь лет (1997-2003 гг.) по статьям гл. 22 УК РФ было зарегистрировано 854 625 преступлений, выявлено 637 589 человек, их совершивших, из которых 284 801 человек был осужден. Цифры достаточно внушительные, однако обращает на себя внимание факт, что только 44,6% из числа выявленных, согласно статистике МВД, лиц, совершивших преступления, были осуждены. Больше половины уголовных дел, возбужденных в отношении конкретных лиц, было прекращено за недоказанностью и иным реабилитирующим и нереабилитирующим основаниям.

Приведенные данные свидетельствуют, что вплоть до 2001 г. шло увеличение как числа зарегистрированных преступлений, так и числа осужденных. Представляется, что эти данные отражали не столько объективный рост экономической преступности, сколько тот факт, что стала выявляться определенная часть преступлений, ранее остававшихся в секторе латентной преступности. Происходило это в связи с постепенным наведением относительного порядка в государстве, улучшением работы контролирующих и правоохранительных органов, выработкой умений и навыков в раскрытии и расследовании преступлений. Что же касается фактического уровня экономической преступности, то в принципе эти же факторы должны определять ее постепенное сокращение, поскольку более благоприятных условий для экономической преступности, чем были в России в 90-е гг. ХХ в., уже трудно представить. Статистические показатели экономической преступности за 2002 и 2003 гг. вроде бы подтверждают этот прогноз, хотя с окончательными выводами торопиться не следует.

Нельзя не отметить, что львиная доля из числа возбужденных уголовных дел и дел, по которым вынесены обвинительные приговоры, приходится на традиционные экономические преступления, уже многие десятилетия признаваемые таковыми, уяснение сути и доказывание вины по которым, как правило, не представляло особой сложности: обман потребителей (ст. 200 УК РФ) и приобретение или сбыт имущества, заведомо добытого преступным путем (ст. 175 УК РФ). Так, по ст. 200 УК РФ за 1997-2000 гг. было осуждено 186 935 человек, что составляет 65,6% от общего числа осужденных по всем статьям гл. 22 УК РФ; по ст. 175 УК РФ - 43 608 человек (15,3%). Таким образом, более 80% всех осужденных приходится на дела, возбужденные по двум данным статьям [УК](#sub_5) РФ.

Еще два сравнительно "популярных" преступления - это контрабанда (ст. 188 УК РФ) и фальшивомонетничество (ст. 186 УК РФ), за которые в этот период было осуждено соответственно 7596 чел. (2,6%) и 7751 чел. (2,7%). Что же касается новых или относительно новых составов преступлений, то сравнительно распространенным в анализируемый период было осуждение по ст. 171 УК РФ (незаконное предпринимательство) - 8005 чел. (2,8%), ст. 191 УК РФ (незаконный оборот драгоценных металлов, природных драгоценных камней или жемчуга) - 6021 чел. (2,1%), ст. 198 УК РФ (уклонение от уплаты налогов с физического лица) - 21 009 чел. (0,7%) и ст. 199 УК РФ (уклонение от уплаты налогов с организаций) - 4596 чел. (1,6%). По другим статьям о преступлениях в сфере экономической деятельности ежегодно осуждается в лучшем случае несколько десятков человек, или данные нормы применяются судами в единичных случаях либо вообще не применяются.

Подобное положение объясняется рядом причин. Среди них можно отметить сложность законодательных определений признаков соответствующих преступлений, плохое знание регулятивного законодательства, положения которого составляют неотъемлемую часть уголовно-правовых норм с бланкетными и бланкетно-описательными диспозициями, отсутствие надлежащего опыта и навыков в расследовании и квалификации экономических преступлений. "Как показывает изучение проблем применения норм об ответственности за экономические преступления, - отмечал П.С. Яни, - наибольшую сложность представляет неясность немалого числа законодательных положений, причем как в хозяйственной, так и уголовно-правовой сферах. Следователь, прокурор и судья зачастую не понимают, что стоит за теми или иными уголовно-правовыми категориями, какие именно деяния запрещает уголовный закон"[\*(653)](#sub_99653).

Несовершенство уголовно-правовых норм, регламентирующих ответственность за преступления в сфере экономической деятельности (а в ряде случаев отрицать это бессмысленно), порождает многочисленные предложения по их изменению, начиная от редакционных, "косметических" поправок и кончая предложениями по коренной переработке норм гл. 22 УК РФ (Н.А. Лопашенко, В.И. Тюнин, Л.В. Иногамова-Хегай, П.С. Яни и др.). Надо сказать, что наряду с идеями, которые заслуживают внимания, нередко высказываются предложения достаточно сомнительные. Проблема внесения изменений в действующие нормы гл. 22 УК РФ действительно существует, но она должна решаться продуманно и взвешенно.

# Развитие системы экономического правосудия России сквозь призму общемировых тенденций (Ярков В.В.)

# Общая характеристика тенденций

Развитие институтов защиты прав участников предпринимательских отношений происходит в рамках общего совершенствования правовой системы, изменения социально-экономических реалий, в которых функционируют суды по экономическим спорам. Во многих странах в той или иной степени органы хозяйственной юрисдикции функционируют обособленно, развиваясь в русле общих тенденций. Отметим лишь отдельные из них, которые оказывают влияние на развитие правосудия в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности в целом на планете, в России и находят свое отражение в арбитражном процессуальном законодательстве и в организации арбитражных судов.

Понимание тенденций развития современной гражданской юрисдикции важно и по следующим причинам. При всей внешне кажущейся оригинальности тех или иных подходов в сфере процессуального законодательства специалисты, причастные к его разработке, в любом случае находятся в рамках определенных исторически сложившихся подходов правового регулирования и процессуально-правовых концепций, вариантов решения того или иного вопроса. Найти полностью оригинальное решение, которое бы не встречалось ранее в российском праве (имея в виду период с судебной реформы 1864 г.) и иностранном, международно-правовом законодательстве достаточно сложно, да в этом и нет, как нам представляется, необходимости. В качестве исходного материала выступают потребности практики, которые, накладываясь на исторически сложившиеся способы их решения за рубежом, в международно-правовом законодательстве либо ранее в истории нашей страны, стимулируют творческий поиск и приводят к тому или иному новому решению возникшей проблемы. Безусловно, по многим вопросам возможны и полностью оригинальные решения, особенно на уровне детализации той или иной идеи применительно к конкретному правовому институту.

Таким образом, на каждом витке развития процессуального права и всей системы гражданской юрисдикции необходимо выбрать наиболее приемлемый и рациональный процессуальный инструментарий, который будет более адекватно отражать существующие реалии. Поэтому постараемся отметить несколько основных идей из современной процессуальной доктрины и развития иностранного процессуального права, которые, на наш взгляд, отражают современные тенденции развития хозяйственной юрисдикции.

# Исследования последних лет

По вопросу современных тенденций развития гражданской юрисдикции появилось довольно много интересных работ в последние годы. Так, состоялся целый ряд интересных конференций, в которых довелось быть участником автору данной статьи и где рассматривались так или иначе современные тенденции развития процессуального права и сферы гражданской юрисдикции в целом. Среди них можно выделить такие конференции и семинары: "Процессуальное право в преддверии нового тысячелетия" (XI Всемирный конгресс Международной ассоциации процессуального права, август 1999 г., Вена)[\*(654)](#sub_99654); "Реформа гражданского процессуального и хозяйственного процессуального права в государствах - участниках СНГ" (Институт права стран Восточной Европы Университета Христиана-Альбрехта, Киль, ФРГ, октябрь 2000 г.)[\*(655)](#sub_99655) и целая серия других конференций и семинаров Института права стран Восточной Европы, которые состоялись в течение 2001-2004 г.[\*(656)](#sub_99656); "К гармонизации процессуального права в Европе" (Брюссель, сентябрь 2001 г.)[\*(657)](#sub_99657), конференция "Реформа гражданского процесса в суде первой инстанции в государствах региона Балтийского моря и Центральной Европы" (Вильнюс, 2004 г.)[\*(658)](#sub_99658). Две последние конференции Научного объединения международного гражданского процесса (апрель 2003 г., Тюбинген, ФРГ, и апрель 2005 г., Варшава) были посвящены различным аспектам европеизации процессуального права с точки зрения развития европейского гражданского процессуального и исполнительного права[\*(659)](#sub_99659).

Важную роль в выявлении современных тенденций процессуального права сыграли многие другие конференции и публикации. Так, Е.А. Виноградова дала интересный и содержательный обзор XII Международного конгресса по процессуальному праву (Мехико, сентябрь 2003 г.)[\*(660)](#sub_99660). Значительную роль в осмыслении указанных тенденций помогает также изучение шести Регламентов Европейского союза, принятых в период 2000-2003 гг. и посвященных различным вопросам европейского гражданского процесса, в частности компетенции судов, признанию и приведению в исполнение судебных и иных юрисдикционных актов, трансграничной несостоятельности, вручению процессуальных документов, получению доказательств, рассмотрению семейных споров. Указанные регламенты представляют собой свод наднационального европейского гражданского процессуального права, обязательного для всех его членов (за отдельными исключениями). Регламенты распространили свое действие также на 10 новых членов Евросоюза после их присоединения к ЕС 1 мая 2004 г. Первые переводы указанных регламентов на русский язык были осуществлены на кафедрах гражданского процесса Уральской государственной юридической академии и юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета и опубликованы в двух номерах Российского ежегодника гражданского и арбитражного процесса с соответствующими комментариями[\*(661)](#sub_99661).

Интересный анализ современных тенденций международного гражданского процесса провел А.Г. Светланов, защитивший первую за многие десятилетия докторскую диссертацию по тематике[\*(662)](#sub_99662). Ряд интересных работ издан по данной тематике за рубежом, все их охватить невозможно, да и сложно увидеть и оценить все работы в данной сфере, можно выделить только некоторые. В частности, первую книгу, изданную в 1994 г. и посвященную процессам сближения процессуального права в Европе, выполненную под руководством профессора М. Сторма - президента Международной ассоциации процессуального права[\*(663)](#sub_99663), книгу профессора Джона Джоловица[\*(664)](#sub_99664), и ряд других книг и статей зарубежных и российских специалистов.

Существенное влияние на понимание и созвучность тенденций при исходном анализе накладывает характеристика российского права - насколько оно входит в семью романо-германского права или представляет собой оригинальное правовое образование. Так, Р. Давид, несмотря на внешнее сходство с романо-германской системой, относил социалистическое право в особую правовую семью[\*(665)](#sub_99665). В одной из последних работ по сравнительному правоведению профессор Университета Пуатье Р. Леже также задавался этим вопросом - насколько современное российское право относится к романо-германской системе или является моделью для особой правовой системы государств СНГ[\*(666)](#sub_99666). Данный вопрос может быть предметом особого анализа. Ограничимся замечанием, что в основных чертах российское право имеет признаки, присущие праву романо-германской системы.

Каковы же эти тенденции и как они накладываются на систему экономического правосудия? Выделим для анализа только несколько наиболее значимых и важных.

Во-первых, понимание социальных функций правосудия и роль суда в современном обществе. Сложились в основном две концепции, отражающие разное понимание роли, места и задач суда в обществе и которые можно суммировать в следующем вопросе. Обязано ли государство обеспечить наличие функционирующей системы правосудия или судебная система играет роль своеобразного предприятия, оказывающего за плату определенные услуги, в данном случае - по разрешению споров?

По свидетельству В. Некрошюса, именно концепция социального гражданского процесса получила развитие в ХХ в. в противовес либеральному пониманию процесса в ГПК многих европейских государств[\*(667)](#sub_99667). Поэтому отметим как позитивный факт, что именно первый подход, связанный с пониманием социального предназначения правосудия как системы, направленной на защиту прав и сохранение правопорядка, обеспечение стабильности и прочности отношений гражданского оборота и публично-правовых отношений, отражен в АПК.

Во-вторых, существенно влияние интернационализации гражданского оборота, положений международного права и концепции защиты прав человека на правосудие[\*(668)](#sub_99668). Современная концепция прав человека отражена в целом ряде международно-правовых документов, например во Всеобщей декларации прав человека, Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, которые согласно ст. 15 Конституции России являются частью нашей правовой системы. Такое же влияние оказывает и судебная практика международных органов правосудия, в частности Европейского суда по правам человека. Здесь основополагающее значение имеет ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.[\*(669)](#sub_99669), в которой закреплено право на справедливое судебное разбирательство, охватывающее отдельными элементами по сути дела весь судебный процесс и исполнение конечного его результата - судебного решения.

Поскольку правосудие является гарантией реализации прав человека, тем самым объясняется внимание к проблеме обеспечения права на справедливое судебное разбирательство и доступа к правосудию, без решения которых невозможно полноценное обеспечение прав человека и само нормальное функционирование гражданского общества и гражданского оборота. Под влиянием международно-правовых актов о правах человека складывается развитие процессуального законодательства, например, в странах, входящих в Совет Европы, в том числе в России. В частности, то внимание, которое стало уделяться доступу к правосудию, объясняется не в последнюю очередь действием Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, других международно-правовых актов, судебной практикой Европейского суда по правам человека. Поэтому при оценке таких новелл АПК РФ, как ст. 2, п. 5 ст. 144, ст. 311 АПК РФ (усложнение процедуры возбуждения дел в порядке надзора), очевидно влияние данной практики и международно-правового законодательства.

Как представляется, пока еще не полностью оценено влияние концепции прав человека на национальную систему судопроизводства в арбитражных судах (как и судах общей юрисдикции) и практику применения в них материального и процессуального законодательства. Между тем оно весьма существенно и будет способствовать в дальнейшем унификации норм национального российского арбитражного процесса во взаимосвязи с положениями международного и иностранного гражданского процесса[\*(670)](#sub_99670).

Можно проиллюстрировать данную тенденцию примером развития концепции судебного иммунитета применительно к такому субъекту арбитражного процессуального права, как государство. Начиная с конца ХIХ в. получила распространение доктрина ограниченного, или функционального, иммунитета[\*(671)](#sub_99671). Это связано с более широким вовлечением государств в гражданский оборот, привлечением многими странами иностранных инвестиций под государственные гарантии, получением кредитов и финансовой помощи от международных организаций и банков, рядом других причин. Поэтому многие государства перестали придерживаться концепции абсолютного иммунитета в отношении определенных категорий дел и отношений[\*(672)](#sub_99672). Выступление государства в качестве субъекта гражданского оборота неизбежно приводит и к иному пониманию концепции иммунитета. В частности, впервые такой подход был отражен в решении от 30 апреля 1963 г. Федерального Конституционного Суда ФРГ по запросу суда из Кельна, рассматривавшего дело о возмещении требования по оплате ремонта в здании Посольства Ирана в ФРГ[\*(673)](#sub_99673).

Как пишет М.М. Богуславский, согласно концепции ограниченного иммунитета иностранное государство, его органы, а также их собственность пользуются иммунитетом только тогда, когда государство осуществляет суверенные функции, т.е. действия jure imperi. Если же государство совершает действия коммерческого характера (заключение внешнеторговых сделок, концессионных и иных соглашений и т.д.), т.е. действия jure gestionis, то оно не пользуется иммунитетом[\*(674)](#sub_99674). Нет причины, пишет Х. Шак, предоставлять иностранным государствам, действующим в рамках частного права, льготы по сравнению с другими участниками гражданского оборота[\*(675)](#sub_99675).

Концепция ограниченного иммунитета стала отражаться как в законодательстве, так и в судебной практике. Например, 16 мая 1972 г. была принята разработанная Советом Европы Конвенция об иммунитете государств, однако она ратифицирована немногими государствами[\*(676)](#sub_99676). В частности, Российская Федерация не является участницей данной конвенции. Однако, по замечанию Т.Н. Нешатаевой, современная судебная практика в Российской Федерации склоняется в сторону ограниченного иммунитета иностранного государства на основе принципа определения цели сделки - извлечение прибыли или выполнение публичной функции[\*(677)](#sub_99677).

Другим направлением ограниченного понимания судебного иммунитета государств является инвестиционная деятельность, связанная с привлечением иностранного капитала для экономического развития. В частности, согласно ст. 23 Федерального закона от 30 декабря 1995 г. N 225-ФЗ "О соглашениях о разделе продукции"[\*(678)](#sub_99678), в соглашениях, заключаемых с иностранными гражданами и иностранными юридическими лицами, может быть предусмотрен в соответствии с законодательством РФ отказ государства от судебного иммунитета, иммунитета в отношении предварительного обеспечения иска и исполнения судебного и (или) арбитражного решения. Целый ряд международных соглашений о взаимном поощрении и защите инвестиций с участием России предусматривают арбитражный порядок разрешения могущих возникнуть споров[\*(679)](#sub_99679). М.М. Богуславский, анализируя указанные соглашения, в ряде своих работ, включая специальное исследование, посвященное иностранным инвестициям, отмечал данную сферу как отражающую возможность отказа от судебного иммунитета[\*(680)](#sub_99680).

В последнее время в связи с влиянием концепции прав человека появляются судебные дела, в которых ставится вопрос об ограничении абсолютного иммунитета государств, когда оно выступает в качестве нарушителя основных прав человека, способствует или поощряет терроризм и т.д.[\*(681)](#sub_99681) Таким образом, в данной сфере в связи с процессами глобализации, появившимся разделением государств на "цивилизованные" и "государства-изгои"[\*(682)](#sub_99682), иными политическими процессами возможны дальнейшие изменения. Как отмечает А.Г. Светланов, беспрецедентное усиление США как супердержавы создало объективные предпосылки для мутации в том числе и такого фундаментального института международного гражданского процесса, как судебный иммунитет[\*(683)](#sub_99683).

М.М. Богуславский среди новых проблем иммунитета государств проанализировал ряд дел по искам о защите прав человека в связи с решением Верховного Суда Греции по иску к ФРГ и решениями судов других государств по искам жертв нацизма[\*(684)](#sub_99684). Другой интересной возможностью обращения с иском к своему государству в контексте проблем судебного иммунитета государств и защиты права человека, как отмечает М.М. Богуславский, является право обращения граждан и юридических лиц в Европейский суд по правам человека в Страсбург[\*(685)](#sub_99685).

В-третьих, обеспечение доступа к правосудию отражает влияние концепции прав человека, но в современных условиях превратилось во вполне самостоятельное направление развития всей системы правосудия как достаточно ярко выраженная тенденция развития процессуального права.

В советское время проблемы доступа к правосудию в ее современном понимании не существовало. Суды имели ограниченную компетенцию, вышестоящими судами и органами Министерства юстиции осуществлялся строгий контроль за соблюдением сроков рассмотрения дел, судебные расходы были невелики, а суд в силу советской концепции правосудия был обязан проявлять активность в сборе доказательств, от него требовалось установить истину по делу. Тогда был немыслим отказ в иске по мотивам недоказанности истцом его требований, поскольку в обязанность суда ставилось собрать доказательства и вынести законное и обоснованное решение по требованию истца.

С начала 90-х гг. ХХ в. произошли изменения в осмыслении данной проблемы, которые базировались на новых правовых реалиях, поставивших суд в положение арбитра в споре сторон, снявших с суда обязанность по сбору доказательств и возложивших основное бремя процесса и доказывания на сами стороны. Современное понимание доступа к правосудию появилось после вступления России в Совет Европы и признания юрисдикции Европейского суда по правам человека в 1998 г. Проблема доступа к правосудию получила признание на самом высоком уровне. В частности, Председатель Высшего Арбитражного Суда России в период 1991-2005 гг. В.Ф. Яковлев выделял в качестве одной из основных задач обеспечить доступ к правосудию для граждан и предпринимателей[\*(686)](#sub_99686).

Исходные посылки работы над проблемами доступности правосудия заключаются в основном в следующем[\*(687)](#sub_99687). Во-первых, мы должны исходить из целей правосудия, определяя условия его доступности. В этом плане новый АПК РФ в ст. 2 в качестве одной из задач правосудия определяет обеспечение его доступности.

Во-вторых, вопрос о доступе к правосудию не является чисто юридической проблемой, а должен решаться в контексте социальной политики, направленной на предоставление льгот только нуждающимся в них. В-третьих, в современных условиях является важным экономически обосновать предлагаемую модель обеспечения доступности правосудия и юридической помощи, без чего говорить о ее реализации вряд ли будет возможно. Любой проект должен быть исследован с точки зрения экономической целесообразности.

Многоаспектный характер проблемы доступа к правосудию определяет и решение вопроса ее нормотворческого разрешения. Вся система арбитражного процесса, а также в целом гражданской юрисдикции гарантирует доступ к правосудию. Поэтому совершенствование процессуальных регламентов, определяющих доступ к правосудию, должно происходить при подготовке новых и внесении изменений в действующие процессуальные законы.

В частности, в новом АПК РФ нет специальной статьи об основаниях к отказу в принятии искового заявления, оно и в случае явной некомпетентности суда подлежит принятию. Такой порядок направлен на исключение случаев необоснованных отказов в принятии заявления и разрешение вопроса о наличии у истца права на судебную защиту не на стадии принятия заявления, а только в ходе судебного разбирательства. Практика показала, что такой облегченный порядок принятия исковых заявлений в арбитражных судах не привел к росту необоснованных обращений к суду, а позволил в условиях имеющегося конфликта компетенции более четко определить круг дел, которые подведомственны арбитражным судам.

Другой гранью обеспечения доступа к правосудию являются судебные расходы. При обращении в суд истец оценивает соотношение затрат, которые он понесет на разбирательство дела в суде, и полученного результата. Расходы на юридическую инфраструктуру стали расти с 90-х гг. ХХ в., когда резко увеличилось количество споров в судах, равно как и число юристов, для которых ведение дел в судах является профессией. Произошло в целом удорожание юридической системы как для общества в целом, так и для ее отдельных потребителей.

Граждане оплачивают содержание юридической системы несколькими способами. Во-первых, через уплату налогов, включая государственную пошлину, которые аккумулируются в государственном бюджете и расходуются на содержание судебной системы, государственного нотариата, службы судебных приставов и т.д. Во-вторых, граждане расходуют средства при уплате судебных издержек, исполнительских сборов, нотариальных тарифов, арбитражных сборов в третейских судах и других юрисдикционных органах. Существенная и возрастающая часть расходов - оплата представителей в суде, поскольку носят договорный характер.

В отношении государственной пошлины произошло несколько изменений. В начале 90-х гг. ХХ в. здесь господствовал сугубо фискальный подход, когда при обращении в арбитражные суды государственная пошлина составляла 10% от цены иска, а в судах общей юрисдикции - 15%. Установив такой размер госпошлины, государство преследовало сугубо фискальные интересы пополнения бюджета, о доступе к правосудию тогда еще не говорили. Это привело к негативным результатам. Например, в первые годы существования судебно-арбитражной системы поступление дел в арбитражные суды (с 1992 до 1994 г.) упало на 39%. Так, в 1992 г. арбитражными судами было рассмотрено 33 162 дела, в 1993 г. - 275 304 дела, в 1994 г. - 208 081 дело[\*(688)](#sub_99688). Тогда в конце 1994 г. были снижены размеры государственной пошлины, уплачиваемой истцом при обращении в суд (была введена регрессивная шкала с существенным понижением ставок госпошлины), кроме того, в 1995 г. после введения в действие нового АПК РФ был отменен обязательный претензионный порядок разрешения спора по всем категориям гражданских дел. Поэтому с 1995 г. по указанным и другим причинам наметилась постоянная тенденция к росту числа дел, рассмотренных арбитражными судами.

Новое регулирование государственной пошлины в Налоговом кодексе РФ привело к некоторому снижению ее размера и ограничению максимальным размером - не более 116 500 руб. Вместе с тем ограничен круг лиц, освобожденных от уплаты госпошлины, сокращены льготы по ее уплате. Отсрочка или рассрочка уплаты государственной пошлины может быть предоставлена судом по ходатайству истца на срок до шести месяцев. Пока сложно оценивать эффективность новелл и определять, насколько они окажут влияние на доступ к правосудию. На наш взгляд, вряд ли такие ставки госпошлины и снижение возможностей рассмотрения дел без уплаты госпошлины создадут существенные препятствия для обращения к суду. Что касается издержек, связанных с рассмотрением дела, то до реформы 2002 г. состав их был ограничен. В настоящее время к ним отнесены практически любые необходимые затраты, которые понесла выигравшая дело сторона, например, на проезд к месту судебного заседания, что весьма актуально с учетом российских расстояний.

Для обеспечения доступа к правосудию важное значение имеет компенсация расходов на представительство. Состязательная модель гражданского процесса требует профессионального юридического сопровождения, которое, как известно, обеспечивается институтом адвокатуры. Кроме того, в ст. 48 Конституции России закреплено, что каждый имеет право на получение квалифицированной юридической помощи, а в случаях, предусмотренных законом, она оказывается бесплатно. Важность данной проблемы в том, что в современный и достаточно обозримый период в будущем проблема доступа к правосудию упирается прежде всего в поиск ресурсов для обеспечения профессионального представительства для всех нуждающихся граждан, что возможно в самых разных вариантах и моделях. В рамках бесспорной гражданской юрисдикции квалифицированную правовую помощь оказывают нотариусы. В судебных делах такая функция возложена на адвокатов. Поэтому можно выделить ряд общих и специфических проблем оказания правовой помощи адвокатами, которые во многом имеют финансовые аспекты.

Прежде всего, как таковой проблемы найти адвоката для ведения дел в России нет. Однако актуален вопрос оказания квалифицированной юридической помощи в небольших городах и сельских районах России, которые испытывают недостаток профессиональных юристов, предпочитающих концентрироваться в крупных городах, где находятся наиболее важные "потребители юридических услуг".

В арбитражном процессе участвуют не только крупные компании, но и мелкие предприниматели, фермеры, для которых бывает сложно оплатить услуги адвокатов. В России в отличие, например, от ФРГ нет специального регулирования ставок оплаты адвокатов, поэтому они устанавливаются соглашением сторон и нередко оплата услуг адвоката происходит по результатам дела, когда основная часть гонорара выплачивается адвокату после вынесения желаемого варианта решения суда либо его фактического исполнения.

Таким образом, основной проблемой представительства является поиск финансирования для оказания юридической помощи и представительства в суде в отношении малоимущих граждан. Однако соответствующего механизма в арбитражном процессе не имеется, что расходится с законодательством многих государств, где имеются специальные законы и механизмы оказания такой правовой помощи.

Совершенно иначе выглядит в современных условиях в аспекте доступа к правосудию и вопрос о сроках судебного разбирательства. Доступ к правосудию и право на справедливое судебное разбирательство требуют соблюдения разумных сроков[\*(689)](#sub_99689). Следует отметить, что в советское время и в современный период сроки рассмотрения дел в судах устанавливаются законом. Поэтому в сравнении с судебными системами многих государств в России более краткие и контролируемые сроки. Несоблюдение процессуальных сроков может быть основанием для привлечения судьи к дисциплинарной ответственности.

В арбитражных судах первой инстанции установлен общий двухмесячный срок на подготовку дела к судебному разбирательству, а на рассмотрение дела - до одного месяца. В целом статистика показывает, что в 2002 г. в арбитражных судах с нарушением сроков было рассмотрено 4,3% дела, а в 2003 г. - 3,7% дела[\*(690)](#sub_99690). Для отдельных категорий дел устанавливаются специальные сроки, например для дел о несостоятельности.

Сохранение правового регулирования сроков в российской доктрине не оспаривается и рассматривается как преимущество судопроизводства в российских судах. Соблюдение сроков рассмотрения дел является частью статистической отчетности судов, одним из элементов анализа результатов деятельности того или иного суда и формой контроля вышестоящего суда за нижестоящими. Например, в годовом анализе результатов деятельности системы арбитражных судов всегда особо указываются суды, в которых чаще нарушаются сроки рассмотрения дел[\*(691)](#sub_99691).

В-четвертых, в качестве одной из тенденций развития системы гражданской юрисдикции следует выделить постепенное сближение правил и процедур. Так, первый доклад о сближении процессуального права государств Европейского союза был подготовлен под руководством профессора М. Сторма в 1994 г.[\*(692)](#sub_99692) Проявление тенденций к сближению правовых систем стало отмечаться специалистами нашей страны, например, в сфере доказательственного права[\*(693)](#sub_99693) и в целом международного гражданского процесса[\*(694)](#sub_99694).

Такое сближение процессуальных систем можно увидеть на нескольких уровнях и в разных регионах планеты. Проявляется оно в форме унификации (выработке общих наднациональных процессуальных правил и регламентов) и гармонизации (сближения правовых систем разных стран на основе общих принципов)[\*(695)](#sub_99695). Ведь в рамках процессуального права достаточно много относительно автономных институтов, его составляющих, например подведомственность и подсудность, доказательства, пересмотры судебных актов, взаимное признание и исполнение, альтернативные формы разрешения споров. И именно в их рамках по каждому из направлений возможны унификация и гармонизация, которые происходят в разных сферах с различной скоростью и степенью охвата.

В частности, пределы уровня унификации процессуального права на современном этапе наиболее очевидны в государствах Евросоюза, где принято шесть регламентов по отдельным общим вопросам: о международной компетенции судов государств - членов ЕС, о признании и принудительном исполнении судебных решений, о вручении процессуальных документов, о получении доказательств, об исполнительном листе для бесспорных требований, о процедурах несостоятельности, о компетенции судов и исполнении решений по семейным делам. Как видно, такая унификация возможна в тех пределах, которые объясняются потребностями гражданского оборота и трансграничного взаимодействия граждан и организаций различных государств.

Однако практически нет унификации по вопросам судебной организации, поскольку она носит национальный характер. Вместе с тем судебная организация учитывает необходимость наличия трех отдельных звеньев судебной системы - первой, апелляционной и кассационной инстанций, разделенных на отдельные судебные учреждения. На наш взгляд, вполне в русле таких тенденций находится создание в России апелляционных арбитражных судов, образование которых происходит с 2003 г. и планируется к завершению до 1 января 2006 г. Создание отдельных апелляционных судов объясняется целью обеспечения большей независимости и разграничения функций между первой и апелляционной инстанциями.

В качестве другого примера можно отметить многие общие принципы в ГПК стран СНГ, принятие специальных конвенций, касающихся в основном вопросов взаимного признания и исполнения решений судов и арбитражей, исполнения судебных поручений. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, практика Европейского суда по правам человека определяют необходимость приведения российского законодательства, в том числе в сфере гражданской юрисдикции, в соответствие с определенными стандартами.

Процесс унификации идет на разных уровнях в рамках ООН и специализированных организаций ООН, в рамках региональных объединений государств, например ЕС и СНГ. Инициатива здесь может исходить как от международных организаций, например ЮНСИТРАЛ, Межпарламентской ассамблеи стран СНГ, так и от неправительственных организаций, например Международной ассоциации процессуального права, Международного союза Латинского нотариата, Международного союза судебных исполнителей и служащих.

Многие новеллы АПК РФ 2002 г. отражают не только стремление, но и необходимость учесть указанные тенденции к унификации и гармонизации процессуального права.

В-пятых, стремление к специализации в рамках судебной системы.

Современная судебная система России в сфере гражданской юрисдикции включает в себя как суды общей юрисдикции, так и арбитражные суды. В странах системы гражданского права, к числу которых относится и Россия, деление права на частное и публичное является фундаментальным и определяющим, в том числе организация судебной системы[\*(696)](#sub_99696).

Однако в России все гражданские суды являются одновременно судами и частного, и публичного права. Хотя в ст. 118 Конституции РФ говорится о выделении гражданского и административного судопроизводств, это не проецируется непосредственно на судебную организацию. Данное обстоятельство отмечали зарубежные исследователи судебной организации в России. Так, К. Вербар пишет, что судебная организация в российской правовой системе основывается не на фундаментальном разделении между частным и публичным правом, а на разграничении между широко понимаемым экономическим правом и всем остальным правом[\*(697)](#sub_99697).

Разделение по критерию - дела частного или публичного права - происходит внутри каждой из судебных систем. В частности, в арбитражных судах в соответствии с Федеральным конституционным законом от 28 апреля 1995 г. N 1-ФКЗ "Об арбитражных судах в Российской Федерации"[\*(698)](#sub_99698) в каждом суде имеется две коллегии, одна из которых рассматривает дела, возникающие из публичных правоотношений, а вторая - из гражданских правоотношений. Поэтому здесь тенденция к специализации экономического правосудия находит свое отражение применительно к российской специфике, а не в том виде, как это принято в странах романо-германской правовой системы.

Тенденция к специализации органов хозяйственной юрисдикции является повсеместной. Даже в тех государствах, где действует общая судебная система, суды по делам предпринимателей, как правило, функционируют обособленно, например коммерческие суды Франции, образуемые из числа самих предпринимателей.

Аналогично развивается хозяйственная юрисдикция в государствах СНГ[\*(699)](#sub_99699). В шести странах СНГ общие гражданские и хозяйственные суды действуют параллельно (Белоруссия, Киргизия, Россия, Таджикистан, Узбекистан, Украина), а в шести странах система хозяйственной юрисдикции объединена и является частью системы общих судов (Азербайджан, Армения, Грузия, Казахстан, Молдавия, Туркменистан). При этом на Украине одновременно действуют Верховный Суд Республики Украина и Высший Хозяйственный Суд Украины как высший специализированный суд в сфере хозяйственной юрисдикции. Решения Высшего Хозяйственного Суда Украины могут быть пересмотрены в кассационном порядке Верховным Судом Украины, хотя можно отметить, что сам Высший Хозяйственный Суд Украины также является кассационной инстанцией (Закон о судоустройстве Украины в последней редакции от 21 июня 2001 г.). В Казахстане созданы специальные межрайонные экономические суды в рамках общей судебной системы[\*(700)](#sub_99700).

В-шестых, дифференциация судебных процедур и стремление к их упрощению. Одной из определяющих тенденций развития системы гражданской юрисдикции является поиск оптимальных процессуальных форм разрешения дел. Современная система гражданской юрисдикции развивается в направлении разграничения судебных процедур, а также поиска упрощенных форм разрешения подведомственных судам дел, для того чтобы найти оптимальное соотношение между результатом и способом его достижения. Можно отметить постоянный поиск в нашей стране и за рубежом способов рационализации и оптимизации процессуальных форм разрешения дел, позволяющих достичь целей судопроизводства путем упрощения основных составляющих судебного процесса, не снижая в целом уровень юридических гарантий.

В этом плане по сравнению с АПК РФ 1995 г. можно отметить большой прогресс. Судебные процедуры дифференцированы на несколько отдельных видов производств, позволяющих учесть особенности той или иной категории дел, подведомственных арбитражным судам. Разделы с III по V АПК РФ 2002 г. содержат в себе особенности, учитывающие специфику процессуального разрешения тех или иных дел.

В частности, выделено производство из административных и иных публичных правоотношений, специальные правила предусмотрены для рассмотрения заявлений об оспаривании решений третейских судов и выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение их решений, о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражей и т.д.

Дифференциация судебных процедур в АПК РФ коснулась не только отдельных производств, но и других институтов, в том числе давно известных. Например, в АПК РФ большой интерес представляет предварительное обеспечение требований (ст. 99), позволяющее более быстро и оперативно защищать права кредитора до возбуждения дела в арбитражном суде. Впервые появившийся в российском праве в Кодексе торгового мореплавания РФ, а теперь и в АПК РФ как общее правило институт предварительного обеспечения требований будет способствовать, как можно надеяться, досудебному урегулированию споров.

Можно также говорить о появлении новых средств исковой защиты, в частности косвенных (производных) исков, моделью которых были правила из акционерного законодательства США и многих европейских стран. Указанные иски являются новым способом частно-правовой защиты прав акционеров, участников и учредителей хозяйственных обществ и товариществ, а также самих обществ от действий их менеджеров в условиях разделения собственности и управления.

Наиболее общее правило об основаниях предъявления производных исков содержится в п. 3 ст. 53 ГК РФ. Согласно данной норме лицо, которое в силу закона или учредительных документов юридического лица выступает от его имени, должно действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно. Оно обязано по требованию учредителей (участников) юридического лица, если иное не предусмотрено законом или договором, возместить убытки, причиненные им юридическому лицу. Указанная норма содержится в § 1 "Основные положения" гл. 4 "Юридические лица" ГК РФ. Подобное размещение нормы неслучайно, поскольку тем самым данное общее правило об ответственности лиц, действующих от имени юридического лица, распространяется практически на все самые различные формы организации юридических лиц.

Правила о производных исках выражены также в законах "Об акционерных обществах", "Об обществах с ограниченной ответственностью" и др. Однако таких исков в судах предъявляется очень мало, в основном из-за закрытости информации в данной сфере и сложностей доказывания. Кроме того, в АПК РФ нет специальных норм, регулирующих порядок рассмотрения производных исков.

Возможно, законодатель в будущем придет и к использованию конструкции групповых исков. В современном гражданском обороте возникает немало ситуаций, в которых действиями одного лица, например, в сфере производства товаров, оказания услуг, охраны окружающей природной среды, могут быть нарушены права неопределенного круга лиц. Традиционная модель гражданского и арбитражного процессов пока рассчитана на разрешение споров между двумя лицами и не предусматривает специальных процедур, позволяющих учесть права всех лиц, оказавшихся в одинаковой юридическо-фактической ситуации.

В аспекте дифференциации процессуальной формы значим вопрос об упрощенных судебных процедурах. Современная судебная система развивается в направлении поиска упрощенных форм разрешения подведомственных различным органам дел, для того чтобы найти оптимальное соотношение между результатом и способом его достижения. В этом плане имеется постоянное противоречие между медлительностью, консерватизмом правил судебного процесса и необходимостью быстрого разрешения споров. Длительное время доктрина процессуального права отстаивала положение о необходимости рассмотрения всех категорий дел в полноценном процессуальном порядке, с тем чтобы подчеркнуть отличия судопроизводства от административных процедур. С начала 90-х гг. ХХ в., когда количество дел в судах стало резко увеличиваться, инициативу во введении новых процедур стали проявлять прежде всего высшие суды, а также власти, не заинтересованные "в очередях за правосудием".

Вопрос о процедурах имеет не сугубо юридическое, но во многом содержательное значение, поскольку от эффективности и составляющих той или иной процедуры зависит результативность правового регулирования. Например, существовавшая по Федеральному закону от 8 января 1998 г. N 6-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)"[\*(701)](#sub_99701) упрощенная процедура возбуждения дел о несостоятельности приводила к возбуждению значительного числа дел в интересах недобросовестных кредиторов или должников, фиктивным или преднамеренным банкротствам, а арбитражные суды превращались в орудие передела собственности[\*(702)](#sub_99702). Изменение закона в конце 2002 г.[\*(703)](#sub_99703) привело к снижению возбуждения таких дел в судах в 10 раз. Например, в 2000 г. было возбуждено 24 874 дела о несостоятельности, в 2001 г. - 55 934, в 2002 г. - 1 066 476, а в 2003 г. - 14 277 дел, т.е. в 7,5 раз меньше, чем в 2002 г.[\*(704)](#sub_99704) Успешно используются такие формы упрощенного разрешения споров при наличии относительно бесспорных письменных доказательств, как упрощенное производство в арбитражных судах (введено с 1 сентября 2002 г.) и приказное производство и заочное производство в судах общей юрисдикции (введены с 1995 г.).

Кроме того, в настоящее время разрабатывается законопроект по досудебным административным процедурам разрешения споров публичного права в сфере предпринимательства, который предоставит право налоговым, таможенным и другим органам не предъявлять свои требования в суд, а добиваться взыскания в досудебном порядке. В настоящее время взыскание штрафов и многих других санкций происходит с предварительной санкции суда[\*(705)](#sub_99705).

В-седьмых, стимулирование к использованию примирительных процедур и альтернативных методов разрешения споров. Необходимость развития альтернативных методов разрешения споров связана не только с недостатком инвестиций в систему правосудия, но и с тем, что альтернативным методам, прежде всего третейскому разбирательству, примирению, посредничеству, присущ целый ряд положительных черт. В частности, это меньшая процедурная сложность, нацеленность на разрешение конфликта и достижение примирения, привлечение в качестве посредников и арбитров не только профессиональных юристов, но и любых других лиц - специалистов в определенной сфере юридической деятельности. Развитию третейского разбирательства в нашей стране мешает отсутствие традиций, а также ряд других факторов, которые должны преодолеваться по мере развития гражданского оборота и становления правовой культуры.

Внимание к развитию альтернативных форм разрешения споров отражено на самом высоком уровне. Президент России В.В. Путин в выступлениях на последнем VI Всероссийском съезде судей в декабре 2004 г. выделил в качестве насущных проблем развитие досудебного и судебного урегулирования споров[\*(706)](#sub_99706). Об этом же сказано в постановлении VI Всероссийского съезда судей от 2 декабря 2004 г. о состоянии правосудия в Российской Федерации и перспективах его совершенствования[\*(707)](#sub_99707).

К сожалению, в ходе работы над действующим АПК РФ выпали положения гл. 17 проекта (принятого в первом чтении) о посредничестве, в результате чего в гл. 15 АПК регулируются только положения, связанные с мировым соглашением. Также осталось общее полномочие арбитражного суда способствовать примирению сторон. На наш взгляд, законодательство должно содержать большее разнообразие процедур, в том числе с использованием посредничества, которое в определенной части может быть процессуальным, а не только гражданско-правовым институтом. Эффективность же их может быть проверена лишь практикой, поэтому отказ от регулирования посредничества в окончательном тексте АПК РФ вряд ли можно оценить позитивно.

В плане развития третейского разбирательства как положительный факт следует отметить, во-первых, синхронность принятия нового АПК РФ и Федерального закона от 24 июля 2002 г. N 102-ФЗ "О третейских судах в Российской Федерации"[\*(708)](#sub_99708), во-вторых, включение в АПК РФ целого ряда правил, направленных на взаимодействие, поддержку и контроль за актами третейских судов и арбитражей. Особо следует отметить возможность обращения стороны третейского разбирательства в арбитражный суд за обеспечительными мерами, а также регулирование процедур оспаривания решения третейского суда, выдачи исполнительного листа для его принудительного исполнения, а также исполнения иностранных арбитражных решений.

Другим интересным направлением развития альтернативных форм разрешения споров является медиация. В настоящее время ведется работа над проектом федерального закона "О согласительной процедуре (посредничестве) по урегулированию коммерческих споров". За основу взят Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре, принятый в 2002 г. Комиссией ООН по праву международной торговли и одобренный Генеральной Ассамблеей ООН для возможного использования государствами в национальном законодательстве.

В этом плане перспективным будет использование для согласительных процедур потенциала такого правового института гражданского оборота, как нотариат. К сожалению, в плане разгрузки судов и снижения спорности гражданского оборота нотариат используется недостаточно, что не соответствует традициям романо-германской правовой системы. Между тем нотариат, основной задачей которого является создание квалифицированных письменных доказательств с особой доказательственной и исполнительной силой, в странах системы Латинского нотариата (включающей 73 государства) способствует судебной деятельности и выполняет функции "предупредительного правосудия".

В решениях XXIII Конгресса Международного союза Латинского нотариата (Афины, 2001 г.) справедливо отмечалось, что нотариус, который в силу своих профессиональных обязанностей должен приводить зачастую различные интересы сторон к одному знаменателю, более представителей других юридических профессий предназначен быть медиатором[\*(709)](#sub_99709).

В самом деле, если мы проанализируем основы нотариальной деятельности, то увидим все присущие медиации черты в работе нотариуса латинского типа, в том числе российского. Прежде всего, беспристрастность нотариуса, который в силу закона обязан учитывать интересы всех сторон сделки. В отличие от представителей других юридических профессий нотариус не может в силу самого существа своей профессии работать только на одну сторону, он обязан учесть интересы всех лиц, вовлеченных в совершение конкретного нотариального действия. Кроме того, нотариус обязан предупреждать о последствиях совершаемых юридических действий, что позволяет сторонам, в том числе процесса медиации, принять правильное решение. Следует учитывать и присущую нотариальной профессии обязанность соблюдать нотариальную тайну, т.е. конфиденциальность медиации заложена в самой сути профессии нотариуса, для которого сохранение тайны является юридической обязанностью. Во многих странах Европы у соглашения, достигнутого с помощью нотариуса-медиатора, имеется и другое очень ценное качество - оно в силу нотариального удостоверения приобретает исполнительную силу и позволяет без судебной процедуры обеспечить принудительность исполнения результатов медиации. В России такая принудительная сила присуща пока только одному виду достигнутого с помощью нотариуса соглашения - об уплате алиментов.

Важным с точки зрения участников процесса медиации является и то обстоятельство, что проведение медиации по общему правилу означает для нотариуса одновременно оказание участникам конфликта квалифицированной юридической помощи. Поэтому если для многих категорий юристов и других лиц занятие медиацией может стать дополнительной работой, то для нотариуса медиация - служебная деятельность, возложенная на него законом. Поэтому будет важным в русле развития традиций романо-германского права и оказания содействия осуществлению правосудия развитие Латинского нотариата в нашей стране с целью наделения нотариуса полномочиями медиатора с приданием нотариальным актам исполнительной силы.

# Заключение

Проведенный краткий анализ показывает степень происшедших изменений в судебной системе и некоторых процессуальных институтах России за последние 15 лет. Можно констатировать создание относительно целостного и сбалансированного законодательства о судоустройстве и судопроизводстве, которое вполне приемлемо. Главным является его применение в судебной деятельности в соответствии с теми целями и задачами правосудия, которые возложены на суды.

Часть проблем реформирования судебной системы преодолевается в процессе совершенствования законодательства, причем по инициативе самих заинтересованных в этом органов, например разработка законопроектов. Другие из них, например роль судьи в обществе и правовой системе, могут быть разрешены только в процессе эволюционизирования и развития самого общества. Вместе с тем возникают новые дополнительные проблемы, требующие решения, например о создании специализированных судов.

Многие современные проблемы российского правосудия носят интернациональный характер и появились в постсоветский период в условиях новых политических и экономических отношений, например дороговизна правосудия, рост числа гражданских дел в судах, в какой-то мере сроки, необходимость рационализации и упрощения отдельных судебных процедур. Другие носят специфический характер, поскольку характерны для стран с переходной экономикой, к которым относится и Россия (в частности, низкая материально-техническая база судебной деятельности, недостаток хорошо подготовленного персонала судов, помогающего судьям в исполнении их функций).

Таким образом, изучение тенденций развития правосудия в других государствах позволяет оценить направления развития экономического правосудия в России, увидеть масштаб и сложность новых проблем и подготовиться к их решению на каждом новом витке развития судебной системы и нашей страны в целом.

# Раздел IV. Зарубежное коммерческое право

# Скандинавская правовая семья и торговое право Финляндии (Джобава Н.А.)

# Введение

Правовая система каждого государства отражает закономерности развития общества, его исторические, национальные, культурные особенности. Каждое государство обладает своей, называемой национальной правовой системой, которая имеет как общие черты с правовыми системами других государств, так и отличия от них, т.е. специфические особенности. В развитии различных правовых систем прослеживается процесс преемственности, поэтому современный мир характеризуется как многообразием правовых систем, так и стремлением государств к сближению, к единству в правоприменительной деятельности, в регулировании рыночных отношений, охраны окружающей среды.

Правовые системы по сходству, единству их элементов объединяются в группы, правовые семьи. Квалификация правовых систем проводится по различным критериям. Это может быть как единичный признак, так и совокупность признаков. Сторонники применения комплексного подхода группируют правовые системы в правовые семьи на основе сравнения правовых традиций, исторического развития, источников права и т.д. Решающим критерием выступают правовые явления. Существует множество классификаций.

Одна из самых популярных классификаций принадлежит Рене Давиду. Она основана на сочетании двух критериев: идеологии, включающей религию, философию, экономические и социальные структуры; и юридической техники, включающей в качестве основной составляющей источники права. Р. Давид выдвинул идею трихотомии - выделения трех основных правовых семей: романо-германской, англо-саксонской и социалистической. Совокупность остальных правовых систем получила название "религиозные и традиционные системы"[\*(710)](#sub_99710).

Другая система была предложена К. Цвайгертом и Г. Кетцем. В основу этой классификации положен критерий правового стиля. Стиль права, по мнению авторов, складывается из пяти факторов: происхождение и эволюция правовых систем, своеобразие юридического мышления, специфические правовые институты, природа источников права и способы их толкования, идеологические факторы. На основе этого различаются следующие правовые круги: романский, германский, скандинавский, англо-американский, социалистический, право ислама, индуистское право[\*(711)](#sub_99711).

В основе марксистско-ленинской типологии права лежит критерий общественно-экономической формации (рабовладельческое право, феодальное право, буржуазное право, социалистическое право).

А.Х. Саидов выделяет буржуазные правовые семьи: романо-германскую, скандинавскую, латиноамериканскую, правовую семью общего права, дальневосточную правовую семью и семью социалистического права. В пределах социалистической правовой семьи, теперь уже в историческом аспекте, существовали относительно самостоятельные группы: советская правовая система, правовые системы европейских социалистических стран, правовые системы социалистических стран Азии и правовая система республики Куба[\*(712)](#sub_99712).

Таким образом, существует несколько точек зрения на классификацию правовых систем. В частности, немало дискуссий породил вопрос выделения скандинавского правопорядка в отдельную правовую семью или определение ему места в семье континентального права.

# Скандинавская правовая система

Как уже было отмечено выше, некоторые ученые-правоведы выделяют скандинавское право в самостоятельную правовую семью, в которую входят Швеция, Норвегия, Дания, Исландия и Финляндия. Другие ученые относят названные государства к североевропейской группе государств, правовые системы которых входят в романо-германскую правовую семью. Действительно, скандинавская правовая семья по ряду своих черт занимает промежуточное положение между романо-германской и англо-американской системами.

Римское право сыграло в скандинавских странах, несомненно, менее заметную роль в развитии правовых систем, чем во Франции и Германии. В северных государствах нет и не было кодексов, подобных Гражданскому кодексу Франции или ГГУ[\*(713)](#sub_99713). Поэтому при классификации правовых систем для сферы частного, в том числе коммерческого, права по признаку кодификации норм торгового права скандинавские страны не представляется возможным отнести ни к монистической, ни к дуалистической частноправовой системе. Хотя объективно скандинавское торговое право больше тяготеет к романо-германской правовой системе.

Судебная практика в праве скандинавских стран играет более значимую роль, чем в странах континентальной Европы. В то же время скандинавское право нельзя отнести к англо-американской системе общего права, поскольку скандинавское право почти не имеет таких характерных признаков общего права, как правило прецедента, особая роль процессуального права и др.

Все страны, входящие в семью скандинавского права, на протяжении веков связывали тесные культурные, экономические и государственно-политические узы. Исходным пунктом формирования права скандинавских стран стали два законодательных акта, два свода: Кодекс короля Христиана V, принятый в Дании в 1683 г. (далее - Датский кодекс) (в 1687 г. его действие было распространено на Норвегию под названием "Норвежское право"), и Свод законов Шведского государства 1734 г. (далее - Закон 1734 г.). Два эти свода и составили основу последующего развития датской и шведской ветвей скандинавского права. Развитие это происходило, разумеется, не в изоляции от континентальной Европы. Попытки провести реформы законодательства, которые структурно затрагивали бы сложившуюся систему права, предпринимались неоднократно (в первой половине XIX в. обсуждались проекты принятия общего закона, аналогичного Французскому гражданскому кодексу), но не увенчались успехом.

Закон 1734 г. продолжает действовать и по сей день, но практически не включает положений, входивших в него в момент принятия.

В настоящее время законодательство, не укладывающееся в систематику Закона 1734 г., охватывает многие отрасли шведского права: трудовое и акционерное право, законодательство об охране промышленной собственности, о социальном обеспечении, об охране окружающей среды, многие разделы административного права. Число законодательных предписаний, выходящих за рамки Закона 1734 г., значительно превысило систематизированную в соответствии с этим актом часть шведского законодательства, однако практическое значение закона шведского государства еще велико.

Датский кодекс сохранен по преимуществу как исторический памятник. Кодифицированное законодательство представляет далеко не большую часть действующего права страны. И здесь, и в Норвегии отчетлива позиция, придающая важное значение судебной практике как источнику права. Немаловажна роль судебной практики также в Швеции и Финляндии.

Скандинавское право представляет собой единую систему не только в силу сходства исторических путей развития права, особенностей законодательства, источников права. Особую роль играет то, что скандинавские страны тесно сотрудничают в области законодательства и этот процесс, начавшийся в конце XIX в., привел к появлению значительного числа унифицированных актов, равно действующих во всех государствах-участниках. В 1880 г. одновременно в трех странах - Швеции, Дании и Норвегии - вступил в силу единый закон об оборотных документах. В последующие годы основное внимание уделялось унификации торгового права (законы о торговых знаках, торговых реестрах, фирмах, закон о чеках) и морского права. В 1899 г. датский профессор Ларсен предложил унифицировать все частное право, чтобы в конечном итоге прийти к единому Скандинавскому гражданскому кодексу. И хотя правительства скандинавских государств в принципе согласились с этим предложением, создание проекта единого гражданского кодекса было отложено, а предпочтение отдано унификации отдельных институтов права собственности и обязательственного права. Результатом этих усилий явился проект закона о продаже движимого имущества. В Швеции и Дании закон вступил в силу в 1906 г., в Норвегии - в 1907 г., в Исландии - в 1922 г.[\*(714)](#sub_99714)

Еще одним важным результатом сотрудничества Скандинавских стран явился Закон о договорах и других законных операциях в праве собственности и обязательственном праве (далее - Закон о договорах). В Швеции, Дании и Норвегии он вступил в силу в период с 1915 по 1918 г., а в Финляндии в 1929 г. На основе упомянутых выше и некоторых других законов в Скандинавских странах сложилось, по существу, единое договорное право.

После создания в 1952 г. Северного совета, куда вошли Швеция, Дания, Финляндия, Норвегия, процесс сближения правовых систем скандинавских государств еще более усилился.

# Основные институты торгового права Финляндии

С 1150 по 1809 г. Финляндия принадлежала Королевству Шведскому, поэтому в этот период формирование финского права, в том числе торгового, происходило под влиянием шведского права. Начиная с XIX в. финская система права испытывала на себе влияние российского права, так как с 1809 по 1917 г. Финляндия принадлежала Российской империи. В 60-х гг. ХХ столетия в Финляндии происходил процесс совместных финско-шведских реформ. Основная работа по унификации финского законодательства была проведена в начале 90-х гг. ХХ в. В настоящий момент развитие финского законодательства определяется членством в ГАТТ и ЕС.

В Финляндии нет кодифицированных актов, регулирующих предпринимательскую деятельность. Торговое право отличается унифицированностью, сочетает институты систем континентального и общего права. Большое значение в части регулирования предпринимательской деятельности имеют Законы "О договорах", "О неустойке", "Об акционерных обществах". Большое значение имеет судебная практика.

Предпринимательская деятельность в Финляндии может осуществляться как юридическими лицами, так и индивидуальными коммерсантами - Yksityinen toi minimi (T-mi), в том числе не только гражданами Финляндии, но и иностранцами. Индивидуальные предприниматели по финскому праву - это лица свободной профессии и лица, занимающиеся частным промыслом. Индивидуальные предприниматели составляют значительную часть участников коммерческой деятельности. Они вправе иметь предприятия, рассматриваемые законодательством как объекты права (так называемая производственная недвижимость, используемая в коммерческих целях, рестораны, склады, офисные помещения), могут быть участниками полных и коммандитных товариществ.

Организационно-правовыми формами деятельности юридических лиц в Финляндии являются: акционерные общества - Osakeyhtio (Oy), полные товарищества - Avoin yhtiu (Ay), товарищества на вере или коммандитные товарищества - Kommandiittiyhtiy (Ky), кооперативы - Osuuskunta (Ou), объединения - Rekisteruity yhdistys (Ry). Наиболее распространенная организационно-правовая форма коммерческой деятельности - акционерное общество.

Деятельность акционерного общества (Oy) регулируется Законом об акционерных обществах 1997 г. Акционерное общество может быть утверждено одним или более физическим или юридическим лицами. Ответственность участников акционерного общества - акционеров - ограничена вкладами в уставный капитал. Общество должно иметь минимальный уставный капитал около 8 тыс. евро (50 тыс. финских марок), разделенный на акции (минимальное количество - три акции). Акционерное общество должно быть зарегистрировано в Торговом реестре. Заявление о внесении в реестр подается в Национальное управление по патентам и регистрации в течение шести месяцев со дня подписания меморандума об учреждении общества. Для регистрации требуется, чтобы не менее половины суммы уставного капитала было выплачено участниками. Регистрация осуществляется в течение семи дней с момента подачи заявления, после чего выдается регистрационное свидетельство с регистрационным номером; свидетельство является официальным разрешением на ведение бизнеса. Сразу после регистрации общества акциями можно свободно распоряжаться. Орган управления акционерным обществом - правление, должность генерального директора необязательна (чаще всего назначается исполнительный директор). Членами акционерного общества могут быть и иностранцы. К иностранцам в соответствии с акционерным законодательством Финляндии относятся граждане государств, не являющихся членами ЕС. По общему правилу как минимум половина действительных членов совета директоров должна иметь постоянное место жительства в странах ЕС, однако Министерство торговли и промышленности Финляндии особым разрешением может сделать исключение из этого правила. В отличие от российского акционерного общества для открытия Оу не требуется писать многостраничных уставов. Как правило, все сводится к заполнению стандартных анкет. Акционерные общества обладают определенными льготами при оформлении налоговой декларации.

Для создания партнерства - полного товарищества или товарищества на вере - составляется соглашение. Каждый участник партнерства несет личную ответственность, действия партнера неразрывно связаны с действием всех остальных партнеров по бизнесу. Каждый член полного товарищества несет ответственность по обязательствам партнерства всем своим имуществом. В товариществе на вере должно быть не менее одного участника - полного товарища и не менее одного вкладчика. Полный товарищ несет ответственность по обязательствам партнерства всем принадлежащим ему имуществом, вкладчик на вере - в пределах сумм внесенных им вкладов, указанных в учредительных документах.

Принципы финского договорного права: свобода заключения договора, принцип доверия, принцип защиты слабейшей из сторон, принцип равноценности и сбалансированности договора (российское право не знает такого принципа, хотя и имеет в ГК РФ статью, признающую недействительность кабальной сделки). Принцип равноценности и сбалансированности договора раскрыт в секции 36 Закона о договорах. Там же раскрыта процедура признания договора незаконным при несоблюдении названного принципа. Эта процедура состоит из шести этапов.

Финляндия проводит политику поддержки малого и среднего предпринимательства. Законодательно закреплено функционирование специальных государственных гарантий, финансовых и страховых фондов; их реализация происходит через компанию ФИНВЕРА (Закон от 18 июня 1998 г. "О государственной специализированной финансовой компании").

Наиболее распространенная организационно-правовая форма иностранных предприятий - филиалы компаний. Все иностранные инвестиции подлежат обязательной регистрации в Центральном банке Финляндии. Эта процедура введена, чтобы урегулировать иностранные инвестиции. Для регистрации иностранного экономического субъекта в налоговых целях необходимо разрешение Центрального банка Финляндии. Финляндия постепенно, начиная с 2000 г., отменила последние ограничения, касающиеся иностранного владения, за исключением компаний, работающих в оборонной промышленности. Согласно Закону 1992 г. об осуществлении контроля над закупками предприятий иностранцами иностранные юридические лица могут свободно приобретать акции финских компаний, вплоть до 100%, с определенными ограничениями, определяемыми государственной монополией на некоторые виды деятельности.

Финляндия сохранила практически в неизменном виде закон о банкротстве, заимствованный у России (в России принят в 1744 г.) и принятый в начале XIX в. Экономика Финляндии имеет ярко выраженную социальную направленность, поэтому финское законодательство о несостоятельности исходит из того, что наиболее важно, во-первых, сохранить действующее предприятие как бизнес, во-вторых, сохранить рабочие места и, в третьих, удовлетворить требования кредиторов. Государство применяет самый широкий спектр средств для государственной поддержки банкротов: от финансовых дотаций до санации предприятий государством.

# Система коммерческого права Италии (Судакова К.Г.)

Современная Италия относится к числу стран с монистической системой частного права. В отличие от Франции и Германии, где система частного права построена по дуалистической модели, в Италии нормы коммерческого права размещены в Гражданском кодексе и в специальных законах.

Действующий в Италии Гражданский кодекс 1942 г. (далее - ИГК) вместе с вводными положениями, содержащими правила об источниках закона, о его толковании и применении в пространстве и во времени, состоит почти из 3 тыс. статей, разделенных на шесть книг: о лицах и семье, о наследовании, о собственности, об обязательствах, о труде и о защите прав[\*(715)](#sub_99715). Книги состоят из глав, разделов, частей и статей.

Вопросам торгового мореплавания посвящен кодифицированный нормативно-правовой акт - Кодекс навигации 1942 г.

Правовое регулирование рынка ценных бумаг и положения обязательственного права нашли свое место в книге ИГК об обязательствах. Ряд специфических институтов был урегулирован специальными законами: Законом от 14 декабря 1933 г. N 1669 "О векселе", Законом от 21 декабря 1933 г. N 1736 "О чеке" и Законом от 16 марта 1942 г. N 267 "О несостоятельности, предварительном урегулировании, конкурсном управлении и о ликвидации предприятия по решению органа государственной власти".

С целью регламентации деятельности банковских и страховых обществ были приняты специальные законы, а именно: Закон от 7 марта 1938 г. N 141 "О защите сбережений и о кредитной деятельности" и Закон от 29 апреля 1923 г. N 66 "О частном страховании" с последующими изменениями, переработанными позже в единый документ, утвержденный указом Президента Итальянской Республики от 13 февраля 1959 г. N 449. Книга о защите прав содержит нормы о судебных доказательствах (которые в Италии относят к гражданскому материальному праву, а не к процессуальному), об исковой давности, о залоге, об обращении взыскания на имущество и некоторые другие.

Основу правового регулирования банковского дела составляет Закон от 7 марта 1938 г. N 141 "Дисциплина кредитной деятельности". В дополнение и развитие к этому закону были приняты Закон от 1 сентября 1993 г. N 385 "Основы законодательства о банковской и кредитной деятельности", постановление CICR[\*(716)](#sub_99716) 4 марта 2003 г. "Прозрачность", Закон от 10 марта 1998 г. N 43 "Об участии в SEBC[\*(717)](#sub_99717)" и др.

Источниками торгового права признаются многочисленные административные и некоторые судебные акты, а также обычаи. ИГК наряду с законом признает источником права корпоративные нормы объединений юридических лиц: "нормы коллективных экономических соглашений, коллективного трудового договора и постановления суда, вынесенные по коллективным трудовым спорам"[\*(718)](#sub_99718).

В Италии предпринимательская деятельность регулируется гражданским законодательством. Нормы, регулирующие статус предпринимателя, предпринимательскую деятельность, содержатся в ИГК.

Граждане имеют право заниматься предпринимательской деятельностью по достижении возраста дееспособности, то есть с 18 лет. ИГК в рамках общей категории "предприниматель" различает понятия коммерческого предпринимателя, сельскохозяйственного предпринимателя и малого предпринимателя. Особо законодатель выделяет коммерческого предпринимателя с целью распространения на него особой процедуры банкротства в случае несостоятельности, обязания к ведению бухгалтерского учета и регистрации в реестре предприятий. Термин "предприятие" используется в двух значениях: предпринимательская деятельность и предприятие как имущественный комплекс (речь о предприятии как объекте прав пойдет позже)[\*(719)](#sub_99719). Доктрина называет предпринимателя и предприятие центром современного коммерческого права Италии, сводя всякую сделку к предпринимательской, если она совершена предпринимателем и, напротив, не признавая таковой идентичную по содержанию сделку, совершенную лицом, не имеющим специального статуса. В юридической литературе принято выделять среди предприятий индивидуальные и коллективные, частные и публичные, сельскохозяйственные и коммерческие, крупные, средние и малые[\*(720)](#sub_99720). Но данная классификация не является единственной.

Коммерческий предприниматель в соответствии с легальным определением итальянского законодателя - это предприниматель, профессионально осуществляющий организованную экономическую деятельность с целью производства или обмена товаров и услуг. Сельскохозяйственный предприниматель - это предприниматель, осуществляющий деятельность, направленную на возделывание земельного фонда, лесоводство, животноводство и связанную с ними деятельность. При этом признаются связанными с ними виды деятельности, направленные на переработку или выращивание сельскохозяйственной продукции, обычно осуществляемые при ведении сельского хозяйства. Малый предприниматель в соответствии со ст. 2083 ИГК - это "фермер, ремесленник, мелкий торговец и другое лицо, профессионально осуществляющее организованную деятельность своим трудом или силами членов семьи". В соответствии с постановлением Конституционного Суда Италии от 1989 г. N 570 "О критериях отличия малого, среднего и крупного предпринимателя" признаны неконституционными такие критерии определения категории предпринимателя, как размер прибыли, доли в уставном капитале или количество занятых на предприятии[\*(721)](#sub_99721). Лишь труд самого предпринимателя и его семьи в сопоставлении с производственными факторами и с имеющимся в обороте капиталом, не превышающим 30 млн. лир (около 15 тыс. евро)[\*(722)](#sub_99722), могут выступать критериями малого предприятия. Существует и такой критерий, как превышение числа работающих на предприятии членов семьи над наемными работниками и непосредственно ручного труда над капиталовложениями. Под капиталовложением понимаются все инвестиции в деятельность, в том числе самофинансирование, осуществляемое предпринимателем посредством приобретения товаров и оборудования для оснащения магазинов или обновления основных фондов. Наличие пассивов, масштаб сделок и коммерческих связей, а также виды товаров, являющихся предметом деятельности предпринимателя, могут быть основанием для квалификации его как малого. Наличие всех вышеперечисленных признаков обязательно для отнесения малого предпринимателя в особую категорию. Он, как и сельскохозяйственный предприниматель, не подпадает под действие норм о банкротстве и конкурсном производстве в случае несостоятельности, не обязан вести бухгалтерский учет и регистрироваться в реестре предприятий.

Ремесленником признается предприниматель-промышленник, производящий добавленную стоимость в большей степени собственными усилиями, а не за счет оборота капитала. Ремесленник не является субъектом законодательства о банкротстве, если полученный им доход является не прибылью, а лишь компенсацией усилий, затраченных им лично и превышающих вложенный капитал и работу наемного персонала. Для определения статуса ремесленника используется коэффициент соотношения капитала (в товарах, кредитах и в обороте) с добавленной стоимостью[\*(723)](#sub_99723). Правовое положение ремесленника особо выделяется законодателем с целью применения к нему льготного режима кредитования, предусмотренного ст. 2751bis "Кредиты на оплату труда и комиссионные вознаграждения, кредиты фермерам, кооперативам и ремесленным предприятиям".

Предпринимательская сельскохозяйственная деятельность может осуществляться и в иных формах, таких как испольщина, крестьянское хозяйство и товарищество по откорму рогатого скота.

Не для всех предпринимателей регистрация является обязательной. Предприниматели, подлежащие регистрации, - это лица, осуществляющие деятельность, направленную на производство товаров и услуг, посредническую деятельность в товарообороте, оказывающие транспортные услуги, занимающиеся банковской или страховой деятельностью и осуществляющие иные виды деятельности, сопутствующие вышеназванным. К перечисленным видам деятельности, а также к предпринимателям, их осуществляющим, применяются все нормы закона, регулирующие деятельность коммерческих предприятий.

В Италии действует уведомительная система регистрации предприятий, в соответствии с которой запись о фирме в реестр должна быть сделана в течение 30 дней с начала ведения предпринимательской деятельности. В реестре указываются имя и фамилия, место и дата рождения, гражданство предпринимателя, фирменное наименование и предмет деятельности, местонахождение фирмы, а также данные об учредителях и законных представителях. Заявление предпринимателя должно быть подписано им лично, учредителями и доверенными лицами. Предприниматель обязан сообщать об изменениях вышеупомянутых данных и о прекращении деятельности в течение 30 дней с момента их наступления.

Коммерческие организации представляют собой объединения лиц и объединения капиталов. К объединениям лиц без образования юридического лица относятся: простое товарищество, полное товарищество и простое коммандитное товарищество. Юридическими лицами являются коммерческие организации объединения капиталов: акционерное общество, коммандитное акционерное общество и общество с ограниченной ответственностью.

В ИГК предусмотрены также две организационно-правовые формы кооперативных товариществ: с неограниченной ответственностью и кооперативных товариществ с ограниченной ответственностью.

ИГК содержит положения о предприятии как имущественном комплексе. В ст. 2555 ИГК дается определение понятия "предприятие" - это имущественный комплекс, созданный предпринимателем для осуществления предпринимательской деятельности. Предприниматель имеет право на исключительное использование выбранной им фирмы. Фирма независимо от организационно-правовой формы должна содержать фамилию или инициалы предпринимателя. Отсутствие указания на предпринимателя является основанием для отказа в регистрации фирмы.

Предприниматель имеет исключительное право на товарный знак, зарегистрированный в установленном законом порядке. Выделяют при этом зарегистрированные товарные знаки и фактические. Предприниматель, использовавший товарный знак первым, но не зарегистрировавший его, имеет преимущественное право пользования товарным знаком. Регистрация этого же знака другим предпринимателем не является основанием для отказа тому, кто первый его использовал.

По договору простого товарищества два лица и более вносят вклады в виде товаров и услуг для совместного ведения экономической деятельности с целью разделения прибыли. Товарищество необходимо отличать от общности имущества, создаваемой или являющейся таковой и состоящей из одной или нескольких вещей. Общей собственностью признается собственность членов кондоминиума, имущество супругов, имущество семьи, межа в сельском хозяйстве, возникает она и при неделимости наследуемого имущества[\*(724)](#sub_99724). Товарищества, имеющие своей целью осуществление предпринимательской деятельности, должны создаваться в соответствии с организационно-правовыми формами, предусмотренными ИГК. Исходя из легального определения, товарищество (societa) - это предприятие, управляемое несколькими товарищами[\*(725)](#sub_99725). За рамками этой формулировки остается организационно-правовая форма, введенная в гражданский оборот Италии законом от 3 марта 1993 г. N 88, ратифицировавшим директиву ЕЭС N 89/668: общество с ограниченной ответственностью одного лица, по сути своей являющееся товариществом, но создаваемое одним физическим или юридическим лицом. Это новшество внесло существенные изменения в понимание термина "товарищество" в итальянском законодательстве. Если ранее подразумевалось, что товарищество создается по соглашению сторон в форме договора (с множественностью товарищей), то в случае с обществом с ограниченной ответственностью речь идет об одностороннем и единственном волеизъявлении одного лица, осуществляющего полномочия общего собрания, а принимаемые им решения должны быть отражены в протоколе. Говоря о применяемой итальянским законодателем терминологии, необходимо отметить, что институт товарищества появился в римском праве и был позже воспринят итальянским правом. Термин societa исторически означает "товарищество" и применяется итальянским законодателем в отношении как товариществ, так и обществ.

ИГК предусматривает две организационно-правовые формы товариществ: простое и полное. Договор простого товарищества совершается в простой письменной форме, если иное не вытекает из природы вносимых вещей. Распределение прибыли и убытков осуществляется пропорционально паю, внесенному каждым из товарищей. В полном товариществе все товарищи несут неограниченную солидарную ответственность по обязательствам товарищества. Наименование полного товарищества должно содержать имя одного или нескольких товарищей. В наименовании может сохраняться имя вышедшего или умершего товарища, если вышедший товарищ или наследники умершего дали на это согласие.

В простом коммандитном товариществе полные товарищи несут неограниченную солидарную ответственность по обязательствам товарищества, а коммандитисты несут ответственность в пределах своего вклада. Вклады товарищей не могут состоять из акций. Наименование простого коммандитного товарищества должно содержать имя хотя бы одного из полных товарищей и указание на организационно-правовую форму. Если имя коммандитиста будет указано в наименовании, то он будет нести неограниченную солидарную ответственность по обязательствам товарищества перед третьими лицами вместе с полными товарищами. К простому коммандитному товариществу применяются положения ИГК о полном товариществе в части, не противоречащей специальным нормам. Полные товарищи простого коммандитного товарищества несут те же права и обязанности, что и в полном товариществе. Права коммандитистов ограниченны, как и их обязанности. По общему правилу они не могут представлять товарищество без специальной доверенности. В противном случае коммандитист будет нести неограниченную солидарную ответственность перед третьими лицами. Коммандитные товарищи могут действовать от имени товарищества под руководством управляющих, если это оговорено в учредительном договоре, могут давать согласие и высказывать мнение на предмет совершаемых товариществом сделок, а также выполнять наблюдательно-контрольные функции. В любом случае коммандитисты имеют право знакомиться с годовым отчетом товарищества, балансом, отчетом о прибылях и убытках, а также проверять их соответствие торговым книгам и прочим документам товарищества.

В акционерном обществе по обязательствам отвечает само общество своим имуществом. В названии акционерного общества обязательно должно быть указание на организационно-правовую форму. Вклады участников акционерного общества состоят из акций, и уставный капитал должен быть не менее 100 тыс. евро. Устав регистрируется актом государственного органа и должен содержать фамилию, имя, место и дату рождения учредителей и организаторов, а также количество акций, принадлежащих каждому из них, наименование, местонахождение общества и его филиалов, указание на предмет деятельности общества, а также на размер подписанного и оплаченного уставного капитала, указание номинала, количества и вида акций. Устав должен также содержать указание на размер учредительного взноса и описание имущества, внесенного в неденежной форме, правила о распределении прибыли, указание количества администраторов и членов коллегиального исполнительного органа, а также их полномочий. Подлежит указанию срок действия общества и указание общей (хотя бы приблизительной) суммы расходов на учреждение общества, которые берет на себя общество.

Для регистрации общества требуется, чтобы уставный капитал был полностью подписан и на банковский счет внесено не менее трех десятых уставного капитала в денежной форме, а также должно быть получено разрешение компетентных органов государственной власти и соблюдены прочие условия, устанавливаемые специальными законами для учреждения общества, если того требуют особенности его деятельности.

В коммандитном акционерном обществе полные участники несут неограниченную солидарную ответственность по обязательствам общества, а коммандитисты несут ответственность в пределах своего вклада. Вклады участников состоят из акций.

В обществе с ограниченной ответственностью по обязательствам отвечает только общество своим имуществом. Вклады участников не могут состоять из акций. Уставный капитал общества должен быть не менее 20 млн лир[\*(726)](#sub_99726). Вклады участников могут быть разной величины, но не менее 1 тыс. лир[\*(727)](#sub_99727). Если сумма оценки имущественного вклада не достигает установленного законом минимума или суммы, кратной ему, то разница должна быть внесена денежными средствами. В отношении учредительных документов и процедуры регистрации применяются те же правила, что и к акционерному обществу.

ИГК предусматривает две организационно-правовые формы кооперативных товариществ: с неограниченной и с ограниченной ответственностью. В кооперативном товариществе с неограниченной ответственностью по обязательствам отвечает товарищество своим имуществом. В случае принудительной административной ликвидации или банкротства участники солидарно несут неограниченную субсидиарную ответственность. В кооперативном товариществе с ограниченной ответственностью по обязательствам отвечает товарищество своим имуществом. Паевые взносы могут быть в виде акций. Учредительным актом кооперативного товарищества с ограниченной ответственностью может быть установлено, что в случае принудительной административной ликвидации или банкротства каждый участник солидарно несет субсидиарную ответственность в размере, кратном собственному взносу.

Особой формой предпринимательской деятельности является семейное предприятие[\*(728)](#sub_99728). В соответствии со ст. 230bis ИГК семейным признается предприятие, в котором постоянно работают супруг или родственники предпринимателя до третьей степени родства или родственники супруга до второй степени родства. Институт семейного предприятия был введен в ИГК в ходе реформы семейного права Законом от 19 мая 1975 г. N 151[\*(729)](#sub_99729). В дореформенном праве Италии регламентация деятельности семейного предприятия осуществлялась преимущественно в рамках модели малого предприятия. В соответствии со ст. 2083 ИГК малым предприятием признается "фермер, ремесленник, мелкий торговец и другое лицо, профессионально осуществляющее организованную деятельность своим трудом или силами членов семьи". Независимо от того, идет ли речь об объединении лиц или капиталов, семейным может признаваться и предприятие индивидуального предпринимателя. Члены семьи в соответствии с итальянским гражданским законодательством - это супруг, кровные родственники до третьей степени родства и родственники по браку (свояки) до второй степени.

Положения о недобросовестной конкуренции размещены в пятой книге ИГК "О труде". Общего определения недобросовестной конкуренции ИГК не дает. Законодательство, доктрина и судебная практика к недобросовестной конкуренции относят использование наименований и торговых знаков, схожих с используемыми конкурентами, а также копирование продукции, производимой конкурентами, или совершение иных действий, влекущих за собой смешение продукции и средств индивидуализации. К недобросовестной конкуренции относят также распространение сведений и информации о продукции и деятельности конкурента, в целом направленных на дискредитацию деятельности конкурента. Недобросовестным признается также прямое или косвенное использование любых других средств, не соответствующих принципам профессиональной корректности. К действиям, относимым к недобросовестной конкуренции, причислены подделка товарных знаков, полезных моделей и образцов.

Система законодательства Италии о несостоятельности имеет прокредиторскую направленность.

Нормативные акты, регулирующие вопросы, связанные с несостоятельностью и банкротством, - это Закон от 16 марта 1942 г. N 267 "О несостоятельности, предварительном урегулировании, конкурсном управлении и о ликвидации предприятия по решению органа государственной власти" (далее - Закон о несостоятельности)[\*(730)](#sub_99730) и Закон от 30 января 1979 г. N 26 "О процедуре чрезвычайного управления крупными предприятиями" (далее - Закон о чрезвычайном управлении)[\*(731)](#sub_99731).

Закон о несостоятельности устанавливает положения о гражданско-правовой и уголовной ответственности банкрота с целью обеспечения интересов кредиторов, сохранности конкурсной массы и недопущения ее уменьшения.

Субъектами конкурсного производства могут быть предприниматели, осуществляющие коммерческую деятельность, за исключением государственных и малых предприятий, на которых положения о конкурсном производстве не распространяются, а устанавливается особый порядок чрезвычайного управления. Критерием для разграничения конкурсного производства и чрезвычайного управления является общий размер задолженности перед кредитными учреждениями или органами социального обеспечения. Чрезвычайное управление в соответствии с Законом о чрезвычайном управлении устанавливается на предприятиях, размер дебиторской задолженности которых превышает в пять раз собственный капитал, отраженный в последнем утвержденном балансе, либо сумму в 10 тыс. евро[\*(732)](#sub_99732).

Отдельно закон не выделяет вещных прав предпринимателей, на них распространяются общие правила, установленные гражданским законодательством. Основными источниками регулирования вещных прав являются: ИГК, королевский декрет от 28 марта 1929 г. N 499 "О введении поземельных книг на территории новых провинций" и Закон от 27 февраля 1985 г. N 52 "О введении автоматизированной системы обработки данных в земельном реестре".

Итальянское законодательство не дает легального определения вещных прав. Данное понятие можно вывести, исходя из толкования третьей книги ИГК - "О собственности", определяющей виды имущества и регламентирующей вопросы права собственности, а также способы его приобретения и защиты. Отдельное место в ИГК отводится правовому регулированию сервитутов, суперфиция, эмфитевзиса, узуфрукта, права пользования и права проживания.

Статья 812 ИГК делит имущество на движимое и недвижимое: недвижимым признаются земли, водные источники и объекты, деревья, здания и иные постройки, даже если они связаны с землей временно, и все то, что естественным или искусственным образом связано с землей. Недвижимым имуществом в соответствии с рассматриваемой статьей признаются мельницы, купальни и другие плавучие сооружения, крепко связанные с берегом или дном в целях их использования. Итальянская доктрина различает вещи недвижимые по своей природе, такие как земля, и вещи обездвиженные - здания и сооружения, искусственно связанные с землей в силу их инкорпорации в земную твердь, а также вещи, естественным образом связанные с землей: деревья и иная растительность. Существует и такая категория, как недвижимость по назначению, примером которой может служить принадлежность главной недвижимой вещи. Например, плоды фруктовых деревьев.

Здания и сооружения признаются недвижимым имуществом, если они прочно связаны с землей как единое целое. Недвижимым может признаваться любое строение, созданное из любого материала, прочно связанное с землей, даже временно. В частности, по признаку прочной связи с землей решением Конституционного Суда Итальянской Республики от 1968 г. N 679 была признана недвижимым имуществом автозаправочная станция, состоявшая из строения, выполненного из металлоконструкций, фундамента и заправочного оборудования[\*(733)](#sub_99733). Итальянский законодатель говорит об обездвиживании путем инкорпорации (incorporatio), то есть внедрения (in) объекта в земную твердь (corpo). Термину "инкорпорация" в данном случае придается значение, отличное от привычно используемого в теории права. Например, фундамент здания, обретший прочную связь с землей (будучи инкорпорирован), признается недвижимостью, несмотря на то что строение не завершено. Не факт окончания строительства будет определять статус вещи как недвижимой, а ее изначальная инкорпорация - прочная связь с землей. Закон указывает и на "иные постройки" как на объекты недвижимости. В трактовке итальянской доктрины таковыми могут признаваться самые разные сооружения (здание, мост, дамба, опора линии электропередач), воздвигнутые с любой целью практически из любых материалов. В приведенном с автозаправочной станцией примере строение выполнено в основном из металла и стекла - часто используемых в строительстве в последнее время материалов. Недвижимым имуществом признается также установка для отжима оливкового масла, прочно связанная с землей с помощью фундамента[\*(734)](#sub_99734). То есть движимые по своей сути вещи, прочно связанные с землей даже для временного использования, такие как установка для отжима оливкового масла, встроенные шкафы и сейфы, неотделимые от основной вещи без значительного ущерба, будут признаваться недвижимостью. Главное, чтобы все эти вещи были инкорпорированы и составляли вместе с главной вещью единое целое. При этом, говоря о неразрывной связи с землей, под землей в примере с сейфом понимается и само здание, прочно с ней связанное. Предметы декора, статуи признаются недвижимостью только в том случае, если их отделение от главной вещи - здания - может повлечь полное или частичное их разрушение и причинить ущерб главной вещи[\*(735)](#sub_99735).

Следующее, что требует пояснения, это "мельницы и купальни и другие плавучие сооружения, крепко связанные с берегом или дном". Под мельницами подразумеваются в современной интерпретации гидроэлектростанции, насосные установки, водохранилища, дамбы и иные сооружения, прочно связанные с дном или берегом водоема. Купальни - это комплексы санаторно-курортного оборудования, прочно связанные с дном или берегом водоема. Существуют и плавучие строения, такие как понтонные сооружения, пристани, признаваемые недвижимыми. В отношении плавучих строений итальянский законодатель употребляет фикцию, так как они не связаны с землей непосредственно, а крепятся, как правило, цепями или канатами к береговым сооружениям.

ИГК распространяет правовой режим недвижимости на вещные права и сделки, предметом которых является недвижимое имущество, а также на акции, удостоверяющие вещные права на недвижимое имущество.

Наиболее ценные недвижимые вещи находятся в собственности государства. Недвижимое имущество может находиться в государственной собственности Итальянской Республики, в собственности регионов, областей и муниципальных образований - коммун (comune)[\*(736)](#sub_99736).

Очертив круг недвижимых вещей, итальянский законодатель говорит о том, что все остальные вещи являются движимыми. В этой связи необходимо отдельно рассмотреть категорию движимых вещей, имеющих особую ценность: автомобили, морские и воздушные суда. ИГК 1942 г. пошел по пути создания специального режима регистрации и оборота особо ценных движимых вещей. ИГК разделил движимые вещи на наиболее ценные и все остальные, на вещи, оборот которых особым образом контролируется государством, и вещи, обращаемые свободно. Порядок регистрации и оборота наиболее ценных движимых вещей устанавливается специальными законами. Правила регистрации и оборота автомобилей установлены Законом от 15 марта 1927 г. N 436, для морского и речного транспорта соответствующие правила установлены ст. 146 и 245 итальянского Кодекса навигации, для воздушных судов аналогичные нормы содержит указ Президента Итальянской Республики о создании реестра воздушных судов от 2 марта 1971 г. N 285. Регистрация прав и обременений осуществляется путем совершения записи в специальных реестрах: автомобильном, морских судов и воздушных судов.

Особое место в ИГК отведено такой правовой категории, как universitas rerum[\*(737)](#sub_99737), то есть совокупности движимых вещей, составляющих единое целое. В соответствии со ст. 816 ИГК таким целым, состоящим из множества, признаются вещи, принадлежащие одному лицу и имеющие единое назначение. В состав такого единства вещей могут входить движимые и недвижимые по своей природе вещи. Коллекции предметов искусства, филателистические коллекции и многотомные энциклопедии, составляющие единое целое, признаются простыми universitas rerum. Предприятие как единство материальных благ (движимых и недвижимых), имущественных и интеллектуальных прав, пассивов и активов предприятия, прав и обязанностей, деловых связей является сложной universitas rerum. Особенностью оборота universitas rerum, представляющих собой имущественный комплекс, является то, что при их отчуждении должно соблюдаться назначение вещей: если вещь, выделенная из совокупности, теряет свои свойства и не может быть столь функциональна, сколь совокупность в целом, то продаваться эти вещи могут только вместе путем оформления единого документа о совершении сделки. При выделении и продаже предприятия собственник принимает решение о целесообразности выделения какой-либо вещи из совокупности имущества и ее продаже или о продаже предприятия в целом. При продаже отдельных вещей, входящих в состав предприятия, требуется соблюдение формы и порядка, предусмотренных для соответствующих категорий вещей. При продаже предприятия как имущественного комплекса учитывается его состав. Как правило, сделка подлежит совершению в форме, предусмотренной для вещей, входящих в такой комплекс. То есть при наличии недвижимого имущества вся сделка подлежит совершению в форме, установленной для сделок с недвижимостью.

Сделки с недвижимостью совершаются с учетом общих положений об обязательствах (ст. 1173-1320 ИГК) и общих положений о контрактах (ст. 1321-1469 ИГК). ИГК устанавливает возможность купли-продажи недвижимости a misura[\*(738)](#sub_99738) и a corpo[\*(739)](#sub_99739), то есть в первом случае в договоре указываются размеры недвижимого объекта, его площадь и цена за единицу площади, а во втором он описывается как индивидуально определенная вещь, и цена указывается за объект в целом[\*(740)](#sub_99740). Если по договору с указанием точных размеров и цены за единицу площади передается объект, размер которого в действительности меньше указанного в договоре, то покупатель имеет право на соразмерное уменьшение покупной цены, а если объект оказывается больше по площади, то продавец имеет право на доплату. Если недвижимость указана в договоре как индивидуально определенная вещь и цена установлена за вещь в целом, то независимо от наличия в договоре указаний на размеры в случае их несовпадения цена остается неизменной. В случае предъявления продавцом требований об увеличении покупной цены покупатель имеет право отказаться от договора и требовать двусторонней реституции, при этом все издержки при расторжении сделки возлагаются на продавца. ИГК предусматривает возможность оформления купли-продажи двух недвижимых объектов и более в одном договоре с установлением цены по сделке за все объекты в целом. Стороны имеют право на предъявление претензий друг другу в течение одного года с момента передачи имущества и только в том случае, когда разница между реальными размерами и указанными в договоре составляет не менее одной двадцатой площади.

Сделки с недвижимостью, находящиеся под угрозой их недействительности, должны совершаться в нотариальной форме. В Италии действует декларативная регистрация, не влияющая на правомерность сделки между сторонами, которая не является обязательной для сторон сделки, а совершается нотариусом, оформившим сделку путем предоставления сведений о ней в реестр. На нотариуса возлагается обязанность принять от сторон и проверить документы, удостоверяющие личность продавца и покупателя, а также правоустанавливающие документы на недвижимость.

Процедура учета и регистрации прав на недвижимое имущество осуществляется в едином реестре - кадастре, где регистрируются права на земельные участки, здания, сооружения и иные объекты, признаваемые недвижимыми по законодательству Италии. В соответствии с указом Президента Итальянской Республики от 18 августа 2000 г. N 308 "Об использовании телематической (электронной) процедуры для регистрации недвижимости" создана электронная версия кадастра, доступ к которой может осуществляться онлайн посредством интернет-связи[\*(741)](#sub_99741).

Среди вещных прав важное место занимает залог. Различаются две формы залога: собственно залог, или залог движимых вещей, и залог недвижимости (ипотека). Предметом залога могут служить движимое имущество, предприятие как имущественный комплекс и другие universitas rerum, права требования и другие права на движимое имущество. Ипотека оформляется записью в реестре недвижимого имущества. Предметом ипотеки может быть не изъятое из оборота недвижимое имущество и его принадлежности, узуфрукт на недвижимое имущество, суперфиций. Ипотека распространяется и на улучшения недвижимого имущества, переданного в залог. Залогоспособными являются также государственные облигации, морские и наземные транспортные средства. Залоговые отношения могут возникать на основании одностороннего волеизъявления лица, договора, закона или решения суда. Договор залога движимых вещей может заключаться как в устной, так и в письменной форме. Однако, как гласит ст. 2800 ИГК, при наличии двух и более залогов одной и той же вещи каждый из залоговых договоров должен быть совершен в письменной форме. В противном случае будет невозможно определить последовательность, а соответственно, и преимущественное из обеспеченных залогом требований.

Обязательственному праву посвящена четвертая книга ИГК - "Об обязательствах". Наряду с общими положениями обязательственного права ИГК содержит специальные нормы о купле-продаже, о договоре присоединения, об аренде, о подряде, о перевозке, о поручении, об агентировании, о посредничестве, о хранении, о займе, о банковском счете и об операциях по счету, о банковских договорах, банковском кредите и других банковских услугах, о страховании, о поручительстве и др. ИГК 1942 г. в отличие от наполеоновских кодексов не содержит указания на специальный субъектный состав тех или иных договоров, из чего следует вывод о том, что легального определения торговых сделок в итальянском законе нет и вывод об относимости тех или иных договоров к предпринимательским можно сделать исходя из толкования фактического опосредования коммерческих отношений, а также исходя из их доктринального толкования. Один из сторонников концепции самостоятельности коммерческого права итальянский цивилист Джузеппе Ферри в своей работе "Коммерческое право" говорит, что "сами по себе обязательства не претерпевают каких-либо изменений при их использовании в предпринимательской деятельности: Деления сделок на связанные с осуществлением предпринимательской деятельности и нет не существует, как не существует границы между торговыми и общегражданскими договорами"[\*(742)](#sub_99742). Рассмотрим некоторые из используемых в предпринимательской сфере договоров с точки зрения их доктринальной классификации.

К группе договоров купли-продажи (наиболее распространенных в предпринимательской сфере) отнесены договор поставки и дистрибьюторский договор, договор присоединения, договоры концессии и франчайзинга. Доктрина называет их договорами, опосредующими распространение товаров[\*(743)](#sub_99743).

Другую большую группу составляют договоры на выполнение работ и оказание услуг. К наиболее часто используемым можно отнести договор подряда, договор на выполнение работ, договор на выполнение интеллектуальных работ, а также договор перевозки и хранения. Договор на выполнение работ имеет ту же структуру, что и договор подряда. Отличие от договора подряда состоит в том, что работы исполнитель обязуется выполнить в большей степени своими усилиями. По мнению Франческо Гальгано, договор на выполнение работ является инструментом малого предпринимателя, такого как столяр, парикмахер или автомеханик[\*(744)](#sub_99744).

В отдельную группу отнесены договоры, опосредующие продвижение и расширение бизнеса. К ним отнесены договоры комиссии и экспедиции, договор оказания посреднических услуг и агентский договор[\*(745)](#sub_99745). Правовой статус торговых представителей регулирует не только ИГК, но и специально посвященный этому Закон от 12 марта 1968 г. N 316 "Об агентах и представителях".

Предметом договора комиссии является приобретение или продажа имущества за счет комитента и от имени комиссионера. Презюмируется, что комиссионер наделен необходимыми полномочиями для совершения платежей в соответствии с торговыми обычаями местности, где была заключена сделка, если комитент не отдал иных распоряжений.

Экспедиторский договор рассматривается как договор поручения, на основании которого экспедитор берет на себя обязательство заключить от собственного имени и за счет доверителя договор перевозки и совершить дополнительные действия, связанные с исполнением такого договора. Специальные нормы о таможенных экспедиторах содержатся в соответствующем Законе от 22 декабря 1960 г. N 1612.

На основании агентского договора одна сторона (агент) принимает на себя обязательство совершить действия, необходимые для заключения договоров, в определенной сфере и в определенной местности за счет другой стороны (принципала) и за вознаграждение. При этом принципал не может одновременно назначить несколько агентов для совершения юридически значимых действий в одной и той же сфере деятельности и в одной и той же зоне. Агентам также возбраняется вести дела для нескольких предприятий одновременно в одной и той же сфере деятельности и на одной и той же территории.

Наряду с торговыми представителями в Италии широко распространена деятельность посредников. Посредник сводит две или несколько сторон для заключения сделки, при этом он не связан ни с одной из них отношениями сотрудничества или зависимости или не представляет интересы какой-либо из этих сторон.

В группу договоров финансирования вошли договоры лизинга, факторинга, договор участия в паевом фонде[\*(746)](#sub_99746). Договор лизинга сродни договору купли-продажи с оставлением у продавца, как считает Франческо Гальгано. Применяются к лизингу и общие положения об аренде. Одной из разновидностей финансового лизинга является широко используемый в Италии договор leaseback, по которому собственник продает лизингодателю вещь и без утраты владения становится лизингополучателем этой вещи после перехода права собственности.

Правовому регулированию факторинга посвящен специальный Закон от 21 февраля 1991 г. N 52 "Об уступке денежных требований предприятий". Участие в паевых фондах регламентируется Законом от 30 апреля 1999 г. N 130 "О картоларизации[\*(747)](#sub_99747) кредитов"[\*(748)](#sub_99748).

Отдельные блоки составляют правовые акты, регулирующие банковские, биржевые договоры и договоры страхования. Основными нормативными актами, посвященными банковскому праву, помимо ИГК, являются Закон от 1 сентября 1993 г. N 385 "О банках и банковской деятельности" и Закон от 7 марта 1938 г. N 141 "О кредитной функции". Страховой деятельности посвящены Закон от 17 марта 1995 г. N 174 "О страховании жизни", Закон от 17 марта 1995 г. N 175 "О прямом страховании, не связанном со страхованием жизни", Закон от 24 декабря 1969 г. N 1669 "О страховании гражданской ответственности" и др.

ИГК, как уже было сказано выше, содержит общие нормы, применимые ко всем обязательствам. В частности, в ст. 1322 ИГК закреплен принцип свободы договора: "Стороны могут свободно определить содержание договора в пределах, установленных законом... могут заключить договор, не относящийся к разновидностям, предусмотренным в законе...." При заключении договора под угрозой его недействительности должны указываться его обязательные реквизиты: само соглашение сторон, его основание, предмет и форма, если таковая предусмотрена законом. Предмет договора должен быть "возможным, законным, определенным или определимым". Как пишет Франческа Джулиани, "если предметом договора является индивидуально-определенная вещь, то она должна быть подробно описана... Определимым является предмет договора в отношении вещей, определяемых родовыми признаками"[\*(749)](#sub_99749). Под угрозой недействительности письменная форма должна быть соблюдена при совершении сделок с недвижимостью, при установлении или изменении предиального сервитута, права пользования или проживания, а также при отказе от вышеперечисленных прав, при выкупе земельного участка, на который было установлено право эмфитевзиса, при залоге недвижимости с вводом во владение ею кредитора, при сдаче в аренду недвижимости сроком свыше девяти лет, при совершении договоров об учреждении товарищества или ассоциации бессрочно и на срок свыше девяти лет, если при этом передается в пользование недвижимое имущество, при установлении постоянной или пожизненной ренты, при совершении соглашений о разделе недвижимого имущества или прав на него, а также мировые соглашения, заключаемые спорящими из вышеперечисленных отношений.

──────────────────────────────

\*(1) Труды конференции "10 лет кафедре коммерческого права. Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права". СПб., 1995; Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Вып. 2. СПб., 1997; Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права: Сб. науч. трудов. Вып. 3. СПб., 2000; Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права: Сб. науч. трудов. Вып. 4. СПб., 2002.

\*(2) М.М. Михайловым было подготовлено и издано одно из первых российских произведений по торговому праву (Михайлов М.М. Торговое право. Вып. 1-4. СПб., 1857-1860).

\*(3) См.: Скворцов О.Ю. Очерк жизни и творчества К.И. Малышева//Кодекс-info. 2002. N 4. С. 111.

\*(4) Журнал гражданского и уголовного права. 1875. Кн. 6//Кодекс-info. 2002. N 4. С. 114.

\*(5) Журнал гражданского и уголовного права. 1875. Кн. 6//Кодекс-info. 2002. N 4. С. 116-118.

\*(6) См.: Цитович П.П. Лекции по торговому праву. Вып. 1-2. Одесса, 1873-1875; Он же. Очерк основных понятий торгового права. Киев, 1886; Он же. Очерк по теории торгового права. Вып. 1-3. СПб., 1901-1902.

\*(7) См.: Гольмстен А.Х. Очерки по русскому торговому праву. Вып. 1. СПб., 1895.

\*(8) См.: Никонов С.П. Юридическая природа торговых и промышленных предприятий по русскому праву. Пг., 1917.

\*(9) См.: Удинцев В.А.: Конспект лекций по торговому праву. СПб., 1899; Он же. История обособления торгового права. СПб., 1900; Он же. Русское торгово-промышленное право. СПб., 1907; и др.

\*(10) См.: Каминка А.И. Акционерные компании. Юридическое исследование. СПб., 1902; Он же. Предпринимательские союзы: очерки картельного права. СПб., 1909; Он же. Очерки торгового права. СПб., 1911; Он же. Основы предпринимательского права. Пг., 1917.

\*(11) Ленин В.И. ПСС. Т. 44. С. 398.

\*(12) См. подробнее об этом периоде развития правовой мысли в России: Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР. Л., 1975.

\*(13) Кафедра колхозного и земельного права, созданная в 1945 г., к 1985 г. утратила свой кадровый потенциал (не имела ни одного доктора наук) и не могла выполнять задачи по подготовке новых научно-педагогических кадров, разработке новых научных направлений и обеспечению преподавания по тематике кафедры. Кафедру возглавляли доктор юридических наук, профессор Л.И. Дембо - ведущий ученый страны в области земельного права, а затем доктор юридических наук, профессор А.М. Каландадзе. В то же время следует отметить, что за 40 лет существования кафедры земельного и колхозного права было подготовлено 12 докторов наук и 13 кандидатов наук.

\*(14) А.А. Собчак защитил докторскую диссертацию на тему "Правовые проблемы хозрасчета" в 1982 г. и ко времени назначения на должность заведующего кафедрой хозяйственного права был достаточно известным специалистом в области гражданского и хозяйственного права.

\*(15) Собчак А.А. Правовые проблемы хозрасчета. Л., 1980; Он же. Правовое регулирование хозяйственной деятельности. Л., 1981; Он же. Формула хозрасчета семь - "само". Л., 1988.

\*(16) Должность заведующего кафедрой была освобождена в связи с избранием профессора А.А. Собчака в 1989 г. в Верховный Совет СССР, а затем, в 1990-1991 гг., - председателем Ленсовета и мэром города Ленинграда (Санкт-Петербурга).

\*(17) Соответствующие взгляды были обоснованы в работах кафедры: Коммерческое право. Учеб. пособие/Под ред. В.Ф. Яковлевой, В.Ф. Попондопуло. СПб., 1993; Попондопуло В.Ф. Правовой режим предпринимательства. СПб., 1994; Коммерческое право. Учебник: В 2 ч./Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2002.

\*(18) См. подробнее: Кропачев Н.М. и др. Система высшего юридического образования в России: Состояние и перспективы развития//Правоведение. 2004. N 5. С. 4-20.

\*(19) См., напр.: Лаптев В.В. Предпринимательское право: Понятие и субъекты. М., 1997; Жилинский С.Э. Правовая основа предпринимательской деятельности (Предпринимательское право). М., 1998; Предпринимательское (хозяйственное) право. Учебник/Отв. ред. О.М. Олейник. М., 1999; Пугинский Б.И. Коммерческое право России. М., 2000; Хозяйственное право. Учебник/Под ред. В.К. Мамутова. К., 2002; Ершова И.В. Предпринимательское право. Учебник. М., 2003; Предпринимательское право Российской Федерации/Отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. М., 2003; и др.

\*(20) Далее термины "коммерческое право" и "предпринимательское право" используются как синонимы, если иное не следует из контекста.

\*(21) В Москве развивается несколько школ, существенно отличающихся друг от друга: в МГУ - кафедра предпринимательского права и кафедра коммерческого права, в ИГП РАН - сектор хозяйственного права, в МГЮА - кафедра хозяйственного права.

\*(22) См.: Быков А.Г. О содержании курса предпринимательского права и принципах его построения//Предпринимательское право. 2004. N 1. С. 5-16.

\*(23) Там же. С. 16.

\*(24) Соответствующие взгляды нашли выражение в учебниках и учебных пособиях кафедры коммерческого права СПбГУ: Коммерческое право: В 2 ч. 3-е изд, пер. и доп./Под ред В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. М.: Юристъ, 2002; Коммерческое право зарубежных стран/Под ред. В.Ф. Попондопуло. СПб.: Изд-во ГУ, 2005; Международное коммерческое право/Под ред. В.Ф. Попондопуло. М.: Омега-Л, 2004. См. также: Попондопуло В.Ф. Правовой режим предпринимательства. СПб.: Изд-во ГУ, 1994; Попондопуло В.Ф. Коммерческое (предпринимательское) право. 2-е изд. М.: Юристъ, 2005.

\*(25) Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. С. 73-74.

\*(26) Далее используется понятие "предприниматель" как собирательное по отношению к понятиям "лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность", "индивидуальный предприниматель", "коммерческая организация".

\*(27) Среди предпринимательских отношений законодатель выделяет и учитывает в целях правового регулирования отношения двух видов: отношения, в которых с обеих сторон участвуют предприниматели (например, ст. 310 ГК РФ); отношения, в которых предприниматель участвует только с одной стороны (например, ст. 426 ГК РФ).

\*(28) Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права: В 4 т. СПб., 1908. Т. 1. С. 18.

\*(29) См.: Суханов Е.А. Система частного права//Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 1994. N 4. С. 30-31.

\*(30) СЗ. РФ. 1996. N 1. Ст. 1 (с послед. изм.)

\*(31) Аналогичное деление коммерческого права на частное и публичное присутствует, например, в германском праве, где выделяется торговое право, входящее в блок частного права, и хозяйственное право, "понятие которого является наиболее гибким, если не размытым, и употребляется в германской правовой доктрине в широком и в узком смысле, конкретизируясь при этом как частное и публичное" (см.: Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. М., 2001. С. 436).

\*(32) См.: Иоффе О.С. Понятие права и его типы//Гражданское законодательство Республики Казахстан/Под ред. А.Г. Диденко. Вып. 12. Алматы, 2001. С. 56-57.

\*(33) См.: Попондопуло В.Ф. Понятие и система коммерческого права//Государство и право. 1993. N 8; Он же. Правовой режим предпринимательства. СПб., 1994; Предпринимательское право. Курс лекций/Под ред. Н.И. Клейн. М., 1993; Гражданское право. Учебник/Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1996. Ч. 1; Гражданское право. Учебник/Отв. ред. Е.А. Суханов. М. 1998. Т. 1; и др.

\*(34) См.: Матвеев Г.К. Экономическая реформа и кодификация гражданского законодательства (К истории дискуссии)//Государство и право. 1992. N 5. С. 52.

\*(35) См.: Лаптев В.В. Предпринимательское право: Понятие и субъекты. М., 1997; Хозяйственное право. Учебник/Под ред. В.К. Мамутова. К., 2002; Ершова И.В. Предпринимательское право. Учебник. М., 2003; и др.

\*(36) См.: Предпринимательское право Российской Федерации/Отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. М., 2003.

\*(37) См.: Коммерческое право/Под ред. Б.И. Пугинского. М., 1999; Пугинский Б.И. Коммерческое право России. М., 2000.

\*(38) См.: Семеусов В.А. Коммерческое право. Курс лекций. Иркутск, 1997.

\*(39) Пугинский Б.И. Коммерческое право России. С. 33.

\*(40) См.: Круглова Н.Ю. Хозяйственное право. М., 1997; Жилинский С.Э. Правовая основа предпринимательской деятельности (предпринимательское право). М., 1998; и др.

\*(41) Гражданское и торговое право капиталистических государств. Учебник: В 2 ч./Под ред. Р.Л. Нарышкиной. М., 1983. Ч. 1. С. 12.

\*(42) См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств/Под ред. Е.А. Васильева. М., 1993. С. 16-20.

\*(43) См.: Основные институты гражданского права зарубежных стран/Под ред. В.В. Залесского. М., 2000. С. 1.

\*(44) Существуют и иные правовые семьи, например религиозные: исламское право, каноническое право и др. (см.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. М., 2000. С. 116-120).

\*(45) См.: Основы немецкого торгового и хозяйственного права. М., 1995. С. 11.

\*(46) Коммерческое право. Учебник: В 2 ч./Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. 3-е изд., пер. и доп. М., 2002. Ч. 1. С. 61-63.

\*(47) В 1999 г. принят новый Французский торговый кодекс, сменивший устаревший кодекс 1807 г.

\*(48) См.: Гражданское и торговое право зарубежных стран/Под ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. М., 2004. С. 10.

\*(49) См., например: Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1947.

\*(50) См., например: Матвеев Г.К. Международное частное право как отрасль советского права//Советское государство и право. 1980. N 6; Звеков В.П. Международное частное право. М., 1999.

\*(51) См., например: Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М. - Л., 1924; Сулейменов М.К. Право внешнеэкономической деятельности в системе права//Цивилистические записки. М., 2001. С. 129.

\*(52) См., например: Перетерский И.С. Система международного частного права//Советское государство и право. 1946. N 8-9; Садиков О.Н. Гражданское право и регулирование внешнеэкономических связей СССР//Советское государство и право. 1986. N 11.

\*(53) См.: Перетерский И.С. Указ. соч. С. 22; Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. М., 1973. С. 42.

\*(54) См.: Богуславский М.М. Международное частное право. М., 1994. С. 15.

\*(55) См.: Елисеев И.В. Гражданско-правовое регулирование международной купли-продажи товаров. СПб., 2002. С. 10-58.

\*(56) См.: Богуславский М.М. Указ. соч. С. 16. Изучение указанных отношений наукой международного частного права и в соответствующем курсе может объясняться лишь одной причиной - комплексным предметом этой науки и курса, изучающих разнородные отношения, объединенные таким внешним (несущностным) признаком, как участие в указанных отношениях лиц разной государственной принадлежности.

\*(57) См.: Лунц Л.А., Марышева Н.И. Курс международного частного права. Международный гражданский процесс. М., 1976. С. 10.

\*(58) См.: ГПК РФ, разд. V "Производство по делам с участием иностранных лиц" и АПК РФ, разд. V "Производство по делам с участием иностранных лиц".

\*(59) См., например: Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. N 164-ФЗ "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности"//СЗ РФ. 2003. N 50. Ст. 4850 (с послед. изм.).

\*(60) Такая позиция разделяется не всеми (См.: Тынель А., Функ Я., Хвалей В. Курс международного торгового права. Минск, 2000. С. 21).

\*(61) СЗ РФ. 2003. N 50. Ст. 4850 (с послед. изм.).

\*(62) Российское право вслед за германским правом всегда исходило из субъективного критерия выделения торговых сделок, т.е. относило к торговым сделкам (сделкам в сфере предпринимательства) все сделки, заключенные лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием (ст. 2 ГК РФ). Из этого исходил и Федеральный закон "О государственном регулировании внешнеторговой деятельности" 1995 г., определяя понятие внешнеторговой деятельности.

\*(63) Так, Французский торговый кодекс содержит перечень торговых сделок. Однако поскольку в условиях действия принципа свободы договора дать исчерпывающий перечень торговых сделок невозможно, то в качестве общего критерия выделения торговой сделки указывается "приобретение товара с целью дальнейшего его отчуждения в том же виде или после переработки".

\*(64) РГ. 1995. 24 окт. (с послед. изм.)

\*(65) В.А. Мусиным обоснованно выделяется еще один возможный признак внешнеторговой деятельности - пересечение товаром государственной границы (экспорт и импорт) (см.: Коммерческое право: В 2 ч./Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. М., 2002. Ч. 2. С. 563).

\*(66) См.: Сулейменов М.К. Указ. соч. С. 109.

\*(67) От понятия внешнеторгового права следует отличать понятие внешнеторгового законодательства, т.е. совокупности комплексных нормативных правовых актов, содержащих нормы разных отраслей права (частного и публичного), регулирующих внешнеторговую деятельность. Как верно заметил В.П. Вершинин, внешнеэкономическое право имеет смысл рассматривать в качестве комплексной отрасли законодательства, учебной правовой дисциплины и отрасли юридической науки (см.: Вершинин А.П. Внешнеэкономическое право. М., 2001. С. 2). В этом смысле и определение международного коммерческого права как совокупности международных договоров, международных торговых обычаев и типовых договоров (новое lex mercatoria), регулирующих коммерческие отношения, возникающие в связи с осуществлением международного обмена (см.: Тынель А., Функ Я., Хвалей В. Указ. соч. С. 7), по существу является определением международного коммерческого законодательства.

\*(68) Карро Д., Жюйар П. Международное экономическое право. Учебник/Пер. с франц. В.П. Серебренникова, В.М. Шумилова. М., 2001. С. 4-6. Названные авторы правильно отмечают, что развитие правового режима международной торговли всегда происходило в диапазоне между либерализацией и протекционизмом в зависимости от доминирующих доктрин и государственных концепций, касающихся роли государства в этой сфере. В настоящее время тенденция изменилась в сторону экономической либерализации, разумеется, подкрепленной определенным государственным регулированием, причиной чему является все возрастающее в мировой экономике явление глобализации.

\*(69) См.: Бусыгин А.В. Предпринимательство: Основной курс. Учебник для вузов. М., 1997. C. 18.

\*(70) Налоговый кодекс Российской Федерации. Часть I от 31 июля 1998 г. N 146-ФЗ//СЗ РФ. 1998. N 31. Ст. 3824 (с послед. изм.). Часть II от 5 августа 2000 г. N 117-ФЗ//СЗ РФ. 2000. N 32. Ст. 3340 (с послед. изм.).

\*(71) См.: Пугинский Б.И., Сафиуллин Д.Н. Правовая экономика: Проблемы становления. М.: Юридическая литература, 1991. С. 36-39.

\*(72) См.: Клиланд Д., Кинг В. Системный анализ и целевое управление/Пер. c англ. М.: Советское радио, 1974. C. 126.

\*(73) См.: Кудрявцев В.Н. Правовое поведение: Норма и патология. М.: Наука, 1982. C. 9-10.

\*(74) См.: Экономические науки. 1992. N 4. C. 134-137.

\*(75) См.: Курс экономической теории: Учеб. пособие/Под ред. М.Н. Чепурина, Е.А. Киселевой. Киров: АСА, 1995. С. 219-221.

\*(76) См.: Ершова И.В., Иванова Т.М. Предпринимательское право: Учеб. пособие. М.: Юриспруденция, 1999. С. 3-4; Лаптев В.В. Предпринимательское право: Понятие и субъекты. М.: Юристъ, 1997. С. 18-19.

\*(77) См.: Ровный В.В. Гражданско-правовая природа предпринимательства. Иркутск: Изд-во ун-та, 1996. C. 30-31.

\*(78) СЗ РФ. 1996. N 17. Ст. 1918 (с послед. изм.).

\*(79) Жилинский С.Э. Предпринимательское право (Правовая основа предпринимательской деятельности): Учебник для вузов. 2-е изд., испр. и доп. М., 1999. С. 48-49.

\*(80) См.: Предпринимательское право. Курс лекций/Под ред. Н.И. Клейн. М., 1993. C. 11-13.

\*(81) См.: Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцев Е.Б. Современный экономический словарь. М.: ИНФРА-М, 1996. С. 393.

\*(82) Схожая точка зрения была высказана К.К. Лебедевым в работе "Предпринимательское и коммерческое право: Системные аспекты: (Предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин)". СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. С. 55.

\*(83) См.: Жилинский С.Э. Правовая основа предпринимательской деятельности: (Предпринимательское право). Курс лекций. C. 13.

\*(84) См.: Общесоюзный классификатор "Отрасли народного хозяйства" (ОКОНХ) от 1 января 1976 г. (с изм. и доп. от 15 декабря 2000 г.). Утратил силу с 1 января 2003 г.

\*(85) Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. N 95-ФЗ//СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3012 (с послед. изм.).

\*(86) СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3032 (с послед. изм.).

\*(87) Первоначальный текст документа опубликован: Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. N 16. Ст. 499 (с послед. изм.).

\*(88) Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. N 63-ФЗ//СЗ РФ. 1996. N 25. Ст. 2954.

\*(89) В данном виде документ опубликован не был. Первоначальный текст документа опубликован в издании: М.: ИПК Изд-ва стандартов, 1996.

\*(90) См.: Теоретические проблемы хозяйственного права/Под ред. В.В. Лаптева. М., 1975. С. 13; Хозяйственное право/Отв. ред. В.П. Грибанов, О.А. Красавчиков. М.: Юридическая литература, 1977. С. 39-41; Собчак А.А. Правовое регулирование хозяйственной деятельности. Л., 1981. С. 11-16.

\*(91) См.: Семеусов В.А., Тюкавкин А.А., Пахаруков А.А. Правовые проблемы предпринимательской (экономической) деятельности. Иркутск: Изд-во ИГЭА, 2001. С. 55.

\*(92) См.: Курс экономической теории/Под общ. ред. М.Н. Чепурина, Е.А. Киселевой. C. 54.

\*(93) См.: Бусыгин А.В. Предпринимательство. Основной курс: Учебник для вузов. М., 1997. С. 23-24.

\*(94) Там же. C. 53-89.

\*(95) См.: Предпринимательство: Учебник для вузов/Под ред. В.Я. Горфинкеля, Г.Б. Поляка, В.А. Швандара. М., 1999. С. 35, 47-52.

\*(96) См.: Лаптев В.В. Введение в предпринимательское право. М., 1994. C. 18-19; Он же. Предпринимательское право: Понятие и субъекты. М.: Юристъ, 1997. C. 22.

\*(97) См.: Сафиуллин Д.Н. Теория и практика правового регулирования хозяйственных связей в СССР. Свердловск: Изд-во Урал. ун-та, 1990. C. 72.

\*(98) См.: Танчук И.А., Ефимочкин В.П., Абова Т.Е. Хозяйственные обязательства. М., 1970. C. 57.

\*(99) Лебедев К.К. Предпринимательское и коммерческое право в системе российского права//Научные труды Российской академии юридических наук. Вып. 2: В 2 т. М., 2002. Т. 2. С. 634-635.

\*(100) Там же. С. 636.

\*(101) Маркс К., Энгельс Ф. Собр. соч. Т. 41. С. 311.

\*(102) Ансон В. Договорное право. М., 1984. С. 13.

\*(103) Вестник ВАС РФ. 2005. N 3, 4.

\*(104) См.: Внешнеторговое право. 2004. N 2.

\*(105) См.: Каминка А.И. Очерки торгового права. М., 2001. С. 112.

\*(106) См: Удинцев В.А. Русское торгово-промышленное право. СПб., 1907.

\*(107) Быков А.Г. О содержании курса предпринимательского права и принципах его построения//Предпринимательское право. 2004. N 1. С. 5.

\*(108) См.: Стучка П.И. Революционная роль права и государства. М., 1921; Шретер В.Н. Советское хозяйственное право. М. - Л., 1928.

\*(109) См. напр.: Жагелев И.И., Рапопорт Я.И. Основы советского хозяйственного законодательства. Харьков, 1930; Гойхбарг А.Г. Основы частного имущественного права (очерки). М., 1924; Рейснер М.А. Право, наше право, чужое право, общее право. М., 1925.

\*(110) См.: Шаргородский М.Д., Иоффе О.С. О системе советского права//Советское государство и право. 1957. N 9; Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М., 1963.

Основные современные работы этой школы: Попондопуло В.Ф. Проблемы совершенствования предпринимательского законодательства//Предпринимательское право. 2004. N 1. С. 18; Гражданское право. Учебник/Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1996. Ч. 1; Гражданское право. Учебник/Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 1998. Т. 1.

\*(111) См.: Гинзбург Л.Я. К вопросу о хозяйственном праве//Советское государство и право. 1956. N 8. С. 84; Лаптев В.В. О советском хозяйственном праве//Советское государство и право. 1959. N 4. С. 70.

Основные современные работы этой школы: Быков А.Г. О содержании курса предпринимательского права и принципах его построения//Предпринимательское право. 2004. N 1. С. 54; Предпринимательское (хозяйственное) право. Учебник/Отв. ред. О.М. Олейник. М., 1999; Лаптев В.В. Хозяйственное право - право предпринимательской деятельности//Государство и право. 1993. N 1. С. 36.

\*(112) Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. Л., 1947.

\*(113) Алексеев С.С. Структура советского права. М., 1975; Толстой Ю.К. О теоретических основах кодификации гражданского законодательства//Правоведение. 1957. N 1. С. 42.

\*(114) См.: Ленин В.И. ПСС. Т. 44. С. 398.

\*(115) См.: Нефедов Д.В. Правовой статус коммерческого банка. Дис. ... канд. юрид. наук СПб., 1994. С. 46.

\*(116) См.: Предпринимательское право. Учебник/Под ред. Е.П. Губина, П.Г. Лахно. М., 2001.

\*(117) См.: Пугинский Б.И. Коммерческое право России. М., 2000.

\*(118) См.: Мамутов В.К. Хозяйственный кодекс в системе правового регулирования экономики Украины//Предпринимательское право. 2004. N 1. С. 16.

\*(119) См.: Коммерческое право. Учебник/Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. М., 2002.

\*(120) См.: Жилинский С.Э. Правовая основа предпринимательской деятельности (предпринимательское право). М., 1998; Круглова Н.Ю. Хозяйственное право. М., 1997.

\*(121) В частности, конференции по проблемам коммерческого права, прошедшей 29 октября 2004 г. на юридическом факультете МГУ в рамках празднования 300-летия этого университета.

\*(122) Попондопуло В.Ф. Коммерческое (предпринимательское) право. М., 2003. С. 28.

\*(123) См.: Красавчиков О.А. Система права и система законодательства//Правоведение. 1975. N 2. С. 25.

\*(124) Аналогичные по существу преобразования были осуществлены во всех государствах, возникших на базе советских республик после распада Союза ССР. Это позволяет говорить о проявлении общих закономерностей в соотношении государства, экономики и права.

\*(125) ВСНД и ВС РСФСР. 1990. N 27. Ст. 357 (с послед. изм.).

\*(126) СЗ РФ. 2001. N 33. Ст. 3422 (с послед. изм.).

\*(127) СЗ РФ. 2002. N 23. Ст. 2102 (с послед. изм.).

\*(128) СЗ РФ. 1998. N 31. Ст. 3813 (с послед. изм.).

\*(129) СЗ РФ. 2002. N 43. Ст. 4190 (с послед. изм.).

\*(130) РГ. 1991. 15 янв. (с послед. изм.).

\*(131) Иоффе О.С. Избранные труды: В 4 т. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. Т. 3. С. 107.

\*(132) См.: Определение Конституционного Суда РФ от 16 декабря 2002 г. N 282-О о прекращении производства по делу о проверке конституционности статьи 1062 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой коммерческого акционерного банка "Банк Сосьете Женераль Восток"//СЗ РФ. 2002. N 52 (Ч. II). Ст. 5291.

\*(133) См.: Критерии отнесения российских организаций - юридических лиц к крупнейшим налогоплательщикам. Утверждены приказом МНС РФ от 16 апреля 2004 г. N САЭ-3-30/29//Экономика и жизнь. 2004. N 16. С. 7. (Порядок определения особенностей постановки на учет крупнейших налогоплательщиков - российских организаций, утвержденный приказом МНС РФ от 31 августа 2001 г. N БГ-3-09/319, утратил силу.)

\*(134) См.: Короп Е. Список для генпрокурора: Всемирный банк назвал истинных хозяев российской экономики//Известия. 2004. 8 апреля.

\*(135) Указом Президента РФ от 9 марта 2004 г. N 314 "О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти" Министерство РФ по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства упразднено, его функции по контролю и надзору за состоянием товарного рынка переданы новому органу - Федеральной антимонопольной службе, находящейся в ведении Правительства РФ//СЗ РФ. 2004. N 11. Ст. 945.

\*(136) РГ. 1991. 26 апр. (с послед. изм.).

\*(137) СЗ РФ. 1999. N 26. Ст. 3174 (с послед. изм.).

\*(138) Федеральный закон от 9 октября 2002 г. N 122-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках"//СЗ РФ. 2002. N 41. Ст. 3969.

\*(139) Федеральный закон от 7 марта 2005 г. N 13-ФЗ "О внесении изменений в статьи 17 и 18 Закона РСФСР "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках"//СЗ РФ. 2005. N 10. Ст. 761.

\*(140) СЗ РФ. 2002. N 48. Ст. 4746 (с послед. изм.).

\*(141) СЗ РФ. 1996. N 3. Ст. 145 (с послед. изм.).

\*(142) СЗ РФ. 2003. N 50. Ст. 4859 (с послед. изм.).

\*(143) См.: Алексеев С.С. Право: Азбука - теория - философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 352.

\*(144) См.: Алексеев С.С. Указ. соч. С. 353-354.

\*(145) См. там же. С. 355-356.

\*(146) СЗ РФ. 1999. N 10. Ст. 1163 (с послед. изм.).

\*(147) См.: Алексеев С.С. Указ. соч. С. 358.

\*(148) См.: Попондопуло В.Ф. Правовой режим предпринимательства. СПб., 1984. С. 32; Курбатов А.Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. М., 2001. С. 138-140.

\*(149) См.: Комаров С.А. Общая теория государства и права. М., 1998. С. 386.

\*(150) СЗ РФ. 1996. N 17. Ст. 1918 (с послед. изм.).

\*(151) Жалинский А., Дубовик А. Введение в немецкое право. М., 2001. С. 446-447.

\*(152) СЗ РФ. 2001. N 33 (Ч. I). Ст. 3418 (с послед. изм.).

\*(153) Алексеев С.С. Указ. соч. С. 364, 373.

\*(154) Лаптев В.В. Современные проблемы предпринимательского (хозяйственного) права//Предпринимательское право в XXI веке: Преемственность и развитие. М., 2002. С. 7.

\*(155) По данному вопросу см., например: Керимов Д.А. Методология права: (Предмет, функции, проблемы философии права). М., 2001. С. 443-483.

\*(156) См.: Большая советская энциклопедия. М., 1976. Т. 23. С. 84.

\*(157) См.: Попондопуло В.Ф. Коммерческое (предпринимательское) право. М., 2003. С. 217.

\*(158) См.: Кашанина Т.В. Хозяйственные товарищества и общества: Правовое регулирование внутрифирменной деятельности. М., 1995. С. 15.

\*(159) См.: Ровный В.В. Понятие и признаки предпринимательства. Иркутск, 1998. С. 48-49.

\*(160) Гаджиев Г.А. Защита основных экономических прав и свобод предпринимателем за рубежом и в Российской Федерации: (Опыт сравнительного исследования). М., 1995. С. 51.

\*(161) Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности. М., 1993. С. 113.

\*(162) См.: там же. С. 114.

\*(163) См.: Дедов Д.И. Соразмерность ограничения свободы предпринимательства. М., 2002. С. 76.

\*(164) Пашуканис Е.Б. Избранные произведения по общей теории права. М., 1980. С. 138.

\*(165) Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1998. С. 101.

\*(166) См.: Комаров К.Б. Государственное управление: Средства в экономической сфере//Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2000. С. 8.

\*(167) См.: Ясперс К. Смысл и назначение истории. М., 1994. С. 101.

\*(168) См.: Лабезный Л.И. Политическое сознание: Социально-философский анализ. М., 1999. С. 26.

\*(169) Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики: (Развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). М., 2002. С. 154.

\*(170) ВВС РФ. 1992. N 10. Ст. 492.

\*(171) См.: Постановление Правительства РФ от 10 декабря 1992 г. N 959 о поставках продукции и отходов производства, свободная реализация которых запрещена//САПП РФ. 1992. N 25. Ст. 2217.

\*(172) СЗ РФ. 2001. N 37. Ст. 3687.

\*(173) Шретер В.Н. Советское хозяйственное право. Л., 1928. С. 40.

\*(174) СЗ РФ. 2003. N 12. Ст. 1058.

\*(175) См.: Государственное регулирование экономической деятельности. М., 2000. С. 30-32.

\*(176) См.: Участие государства в коммерческой деятельности. М., 2001. С. 65.

\*(177) См.: Гаджиев Г.А. Защита основных экономических прав. С. 89.

\*(178) СЗ РФ. 2002. N 43. Ст. 4190 (с послед. изм.).

\*(179) СЗ РФ. 1995. N 22. Ст. 1977 (с послед. изм.).

\*(180) ВС РСФСР. 1991. N 16. Ст. 499.

\*(181) Вестник ВАС РФ. 2003. N 9. С. 10.

\*(182) Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 5 мая 1995. N 70-ФЗ//СЗ РФ. 1995. N 19. Ст. 1709 (с послед. изм.).

\*(183) О международном публичном порядке в торговом обороте и значении актов международных организаций см.: Международное торговое право. Учеб. пособие/Под ред. В.Ф. Попондопуло. М., 2005. Гл. 2 (автор - Бушев А.Ю.).

\*(184) См.: Comparative Law in the 21st Century/Ed. Hardwing A., Orucu E. London - The Hague - New-York: Kluwer Academic Publishers, 2002.

\*(185) См.: Bergh Van den Roger. Regulatory competition or harmonization of laws? Guidans for the European regulator//The economics of harmonizing European law/Ed. Marciano A., Josselin J.-M. USA. Northampton: Edward Elgar Publishing Inc., 2002. P. 27-49.

\*(186) См.: Polinsky, A. Mitchell. Private versus Public Enforcement of Fines. Journal of Legal Studies. 1980. N 9.

\*(187) Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. М., 2003. С. 162-163.

\*(188) Маркс К., Энгельс Ф. Собр. соч. Т. 1. С. 285.

\*(189) См.: Познер Р.А. Экономический анализ права: В 2 т./Пер. с англ. Под ред. В.Л. Тамбовцева. СПб., 2004.

\*(190) См.: Экономический анализ нормативных актов/Под ред. В.Л. Тамбовцева. М., 2001; Право и экономика. Материалы международного семинара. М., 2001; Тамбовцев В.Л. Право и экономическая теория: Учеб. пособие. М., 2005; и др.

\*(191) См.: Бойко И.П., Рыбаков Ф.Ф. Экономика для юристов: Учебник. М., 2002. С. 100-101.

\*(192) См.: Шкредов В.П. Экономика и право (О принципах исследования производственных отношений в связи с юридической формой их выражения). М., 1967; Кашин В.Н. Познание и использование экономических законов при социализме. М., 1975; Лаптев В.В. Экономика и право (Теория и практика правового регулирования хозяйственных отношений). М.: Экономика, 1981; Пугинский Б.И., Сафиуллин Д.Н. Правовая экономика: Проблемы становления. М., 1991; Собчак А.А. Правовые проблемы хозрасчета. Л., 1981.

\*(193) См.: Гаджиев Г.А. Основные экономические права (Сравнительное исследование конституционно-правовых институтов России и зарубежных государств). Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1999; Яковлев В.Ф. Россия: экономика, гражданское право (Вопросы теории и практики). М., 2000; Занковский С.С. Публичные и частные начала в правовом регулировании экономики//Предпринимательское право в XXI веке: Преемственность и развитие. М., 2002; Лебедев К.К. Правовой механизм рыночной экономики на начальном этапе осуществления реформ//Кодекс-info, 2000. N 1-2 (325).

\*(194) См.: Chueng S.N.S. Structure of a contract and the theory of nonexclusive resources/The economics of property rights/Ed. by Furuboth E.G., Pejovich S. Cambridge, 1974; Тамбовцев В.Л. Введение в экономическую теорию контрактов. Учеб. пособие. М.: Инфра-М, 2004.

\*(195) См.: Jensen M.C., Meckling W.H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs, and ownership structure//Journal of Financial Economics, 1973, V. 3, N 5; Природа фирмы/Под ред. О.И. Уильямсона и С. Дж. Уинтера. Пер. с англ. М.: Дело; 2001; Олсон М. Логика коллективного действия/Пер. с англ. Новосибирск, 1995; Уильямсон О. Сравнение альтернативных подходов к анализу экономической организации/Уроки организации бизнеса/Под ред. А.А. Демина, В.С. Катькало. СПб., 1994.

\*(196) Posner R.A. An Economic Approach to the Law of Evidence//"www.law.uchicago.edu".

\*(197) См., напр.: Cooter R. Organization of property: Economic analysis of property law applied to privatization/The emergence of market economies in Eastern Europe/Ed. by Clague Ch. and Rausser G.C. Cambridge, 1992; Becker Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach//Journal of Political Economy. 1968. N 76.

\*(198) См.: Mackaay Ejan. Schools: General/Encyclopedia of Law and Economics/Ed. Bouckaert Boudewijn and De Geest Gerrit. 1999//"www.allserv.rug.ac.be".

\*(199) Этот подход применительно к государственным чиновникам разделяется не всеми и основан на некоторых учениях политической экономии (political economy). Сторонники еще одного взгляда, называемого "анализ политики основных направлений" (policy analysis), исходят из презумпции сознательности, добросовестности государственных чиновников и судей, превалировании в их служебной деятельности общественного интереса. См.: Economic Analysis of Law//Stanford Encyclopedia of Philosophy. 2001. 26 Nov.

Экономические механизмы поведения чиновников анализируются в "теории рентоориентированного поведения". См.: Заостровцев А.П. Поиск ренты и потери общества//Известия СПбУЭиФ. 1999. N 1.

\*(200) Economic Analysis of Law. Р. 408-409.

\*(201) См.: Найт Ф.Х. Риск, неопределенность и прибыль/Пер. с англ. М.: Дело, 2003. Норт Д. Институты, институциональные изменения и функционирование экономики. М., 1997; Эггертссон Т. Экономическое поведение и институты/Пер. с англ. М., 2001; Уильямсон О. Экономические институты капитализма: фирмы, рынки, отношенческая контрактация/Пер. с англ. СПб., 1996; Ходжсон Джеффри. Экономическая теория и институты: Манифест современной институциональной экономической теории/Пер. с англ. М., 2003. Среди отечественных авторов можно назвать: Кузьминов Я., Юдкевич М. Курс лекций по институциональной экономике. М., 2000; Шастико А.Е. Неоинституциональная экономическая теория. 2-е изд. М., 1999; и др.

\*(202) См.: Якушев В.С. О понятии правового института//Правоведение. 1970. N 6; Саватье Р. Теория обязательства, юридический и экономический очерк. М., 1972.

\*(203) Справедливости ради следует сказать, что экономические категории активно использовались отечественными учеными при конструировании понятия права собственности. Особенно следует отметить в связи с этим работы А.В. Венедиктова, являющегося по образованию экономистом. См.: Иванов А.А. Ученый и власть: Жизнь и деятельность А.В. Венедиктова (1887-1959); Венедиктов Ф.В. Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. М., 2004. Т. 1. С. 7-56. См. также: Цепов Г.В. Юридические аспекты трансакционных издержек/Экономическая стратегия фирмы/Под ред. А.П. Градова. 2-е изд. СПб., 1999.

\*(204) Малахов С. Некоторые аспекты теории несовершенного конкурентного равновесия (Двухфакторная модель трансакционных издержек)//Вопросы экономики. 1996. N 10. Шаститко А.Е. Внешние эффекты и трансакционные издержки. М.: Экономический факультет МГУ, TEИС, 1997; Ляско А. Доверие и трансакционные издержки//Вопросы экономики. 2003. N 1.

\*(205) См.: Хейне П. Экономический образ мышления/Пер. с англ. М., 1991.

\*(206) См.: Китов А.И. Экономическая психология. М., 1987; Бункина М.К., Семенов В.А. Экономика и психология. М., 1998; Дейнека О.С. Экономическая психология: Социально-психологические проблемы. СПб., 1999; Соколинский В.М. Психологические основы экономики. М., 1999.

\*(207) См.: Экимов А.И. Интересы и право в социалистическом обществе. Л., 1984. С. 96.

\*(208) Поэтому применение термина "закономерность" является условным и подразумевает возможность наступления иного результата.

\*(209) Толковый словарь русского языка: В 4 т./Под ред. Д. Ушакова. М., 1996. Т. 3; Страховое дело/Под ред. Л.И. Рейтмана. М., 1992. С. 307; Риск в социальном пространстве/Под ред. А.В. Мозговой. М., 2001.

От лат. risicum - опасность подводного рифа для моряка (опасная неопределенность), от араб. risq - благоприятная возможность.

\*(210) Вероятности высказывания (событий). Выбор решения при неизвестных вероятностях//Информатика и математика для юристов. Учеб. пособие для вузов/Под ред. проф. Х.А. Андриашина, проф. С.Я. Казанцева. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. С. 165-203.

Классификация рисков на объективные (технические, измеряемые математически) и субъективные по критерию отношения к ним человека поддерживается далеко не всеми. Например, Дж. Блэк полагает, что риски бывают психологическими и социальными. См.: Black J. Perspectives on Derivatives Regulation/Hudson A. Modern Financial Techniques, Derivatives and Law. L. 2000. Цит. по: Реорганизация и ликвидация юридических лиц по законодательству России и стран Западной Европы. М., 2000. С. 13. Обращается внимание и на то, что измерение объективных рисков тоже отчасти субъективно, поскольку оно зависит от суждения человека, от выбора им тех либо иных методик измерения вероятности. Risk: Analysis, Perсeption and Management. Royal Society, 1992. Действительно, объективные риски отличаются субъективизмом. Но объективность присутствует и в рисках субъективных. Например, объективно (предсказуемо с разной степенью) то или иное поведение профессиональных юристов и непрофессионалов. Важно для избранной здесь классификации все же другое - статистически определенная повторяемость события (поведения), с одной стороны, и отношение к этому конкретного человека.

\*(211) См.: Тэпман Л.Н. Риски в экономике: Учеб. пособие для вузов/Под ред. проф. В.А. Швандара. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2002.

\*(212) См.: Халперн Дайна. Психология критического мышления/Пер. с англ. СПб.: Питер, 2000. (Серия "Мастера психологии".) С. 323-324.

\*(213) См.: Агацци Э. Моральное измерение науки и техники/Пер. с англ. М., 1998. С. 185.

\*(214) См., напр.: Вирджиния Н. Квинн. Прикладная психология/Пер. с англ. 4-е междунар. изд. СПб.: Питер, 2000. (Серия "Учебник нового века"). С. 510-519; Burn Shawn Megha. The Social Psychology of Gender. McGraw-Hill, Inc., 1996; Calvo Guillermo A. and Mendoza Enrique G. Rational Herd Behavior and the Globalization of Securities Markets (March 6, 1998). Duke Economics Working. P. 97-126.

\*(215) См.: Коммерческое право зарубежных стран. Учеб. пособие/Под ред. В.Ф. Попондопуло. СПб., 2005. Гл. 9 (автор - А.Ю. Бушев).

\*(216) См.: Козелецкий Ю. Психологическая теория принятия решений. М., 1979; Корнилова Т.В. Психология риска и принятия решений. Учеб. пособие. М.: Аспект Пресс, 2003; Талеб Нассим Николас. Одураченные случайностью. Скрытая роль Шанса на Рынках и в Жизни/Пер. с англ. М.: Интернет-трейдинг, 2002; Растригин Л.А. Этот случайный, случайный, случайный мир. М., 1969.

\*(217) Эта закономерность исследована американским ученым Э. Торндайком, основателем бихевиористского направления в психологии поведения, и его последователями (от англ. behavior - поведение). В соответствии с названным учением удачные реакции (опыт) закрепляются и в будущем имеют тенденцию к воспроизведению, превращаясь в навыки. История развития психологии//"http://www.it-med.ru/library".

\*(218) См.: Найджел Н., Вилльман П. Безрассудство, фантазии, мошенничество. Социальная психология финансовых катастроф//Пикфорд Дж. Управление рисками/Пер. с англ. М., 2004. С. 269-274.

\*(219) См.: Альгин А.П. Новаторство, инициатива, риск. Л., 1987.

\*(220) Уильямсон О. Экономические институты капитализма/Пер. с англ. СПб., 1996. С. 689.

\*(221) Alchian Armen A. Uncertainty, Evolution and Economic Theory//Journal of Political Economy. 1950. V. 58. No. 3, June.

\*(222) См. обзор основных позиций: Гутник В. Политика хозяйственного порядка в Германии. М., 2002; Теория хозяйственного порядка. "Фрайбургская школа" и немецкий неолиберализм. М., 2002.

\*(223) Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., 1989; Попондопуло В.Ф. Правовой режим предпринимательства. СПб., 1994. С. 35; Лившиц Р.З. Теория права. М., 1994. С. 184-185; и др.

\*(224) Хейне П. Рынки и государство//Экономический образ мышления/Пер. с англ. М.: Каталаксия, 1997.

\*(225) См.: Вмешательство правительства: законы и регулирование//Сломан Дж. Основы экономики. Учебник/Пер. с англ. М.: Проспект, 2004. С. 235-249.

\*(226) Интересен опыт Европейского союза: регулирование от "мягкого" права, содержащего рекомендательные нормы, к основам законодательства (директивам) и только затем уже - к императивным правилам (регламентам). См.: Право Европейского союза: Учеб. для вузов/Под ред. С.Ю. Кашкина. М.: Юристъ, 2002. С. 208-210.

\*(227) См.: Попондопуло В.Ф. Правовой режим предпринимательства. СПб., 1994; Кабышев О.А. Предпринимательский риск: Правовые вопросы. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.,1996; Копылов В.А. Риск в предпринимательской деятельности. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2003.

\*(228) См.: Мамчун В.В. Правоприменительный риск. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 1999; Танаев В.М. Понятие "риск" в Гражданском кодексе Российской Федерации//Актуальные проблемы гражданского права/Под ред. С.С. Алексеева. М., 2000.

\*(229) См.: Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. Часть общая. Душанбе, 1972; Павлодский Е.А. Случай и непреодолимая сила в гражданском праве. М., 1978.

\*(230) См.: Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. М., 2001 (по изд. 1976 г.).

\*(231) См.: Яковлева В.Ф. Специализация и кооперирование промышленности. Правовые вопросы. М., 1974. С. 188-203.

\*(232) См.: Гринберг М.С. Значение производственно-хозяйственного риска по советскому уголовному праву. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1957; Он же. Проблема производственного риска в уголовном праве. М., 1963; Козаев Н.Ш. Обоснованный риск как обстоятельство, исключающее преступность деяния. Ставрополь, 2001.

\*(233) См.: Язык закона/Под ред. А.С. Пиголкина. М., 1990. С. 13.

\*(234) См.: Серебровский В.О. О рационализации законодательства//Власть Советов. 1930. N 14-15; Ушаков А.А. Очерки советской законодательной стилистики. Пермь, 1967; Ушаков А.А. Право, язык, кибернетика//Правоведение. 1991. N 2; Рандалу Х.А. ЭВМ и язык правовых актов//Советское государство и право. 1981. N 1.

\*(235) См.: Шумпетер Йозеф А. История экономического анализа: В 3 т. СПб., 2004. Т. 1. С. 84-89. См. также: Кудрявцев Ю.В. Нормы права как социальная информация. М., 1981; Малько А.В. Двоичность юридической информации и язык законодательства//Правоведение. 1993. N 1.

\*(236) Еще в конце XIX в. немецкий ученый Штаммлер, анализируя работы своих предшественников, настаивал на неотделимости права и экономики, выступающих, по его мнению, как внутренние и внешние стороны одного явления. См.: Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 164.

\*(237) См.: Гредескул Н.А. К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права. Харьков, 1900; Губин Е.П. Обеспечение интересов в гражданско-правовых обязательствах. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1980; Иоффе О. Право и поведение/Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 21. Алматы. 2004; Лукашева Е.А. Мотивы и поведение человека в правовой сфере//Советское государство и право. 1972. N 8; Лебедев К.К. Инициатива субъектов и регламентация их поведения по советскому гражданскому праву. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1972; Петражицкий Л.И. Введение в изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии. СПб., 1908.

\*(238) Шерешеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1912. С. 639.

\*(239) Гредескул Н.А. К учению об осуществлении права. С. 33. См. также: Лейст О.Э. Санкции в советском праве. М., 1962; Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. М., 2004; Мирошник С В. Правовые стимулы в российском законодательстве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 1997; Ем В. Категория обязанности в советском гражданском праве (вопросы теории). Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1981; и др.

\*(240) См.: Егоров Н.Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. Л., 1988. С. 16.

\*(241) Кондаков Н.И. Логический словарь-справочник. 2-е изд. М., 1975. С. 647-648.

\*(242) О причинах столкновения правовых институтов, востребованных нуждами современного коммерческого оборота, и традиционных институтов пандектной системы см.: Бушев А.Ю. Вещь и право требования: К вопросу о допустимости виндикации бездокументарных ценных бумаг//Арбитражные споры. 2005. N 1(29).

\*(243) Бушев А.Ю., Попондопуло В.Ф. О балансе интересов меньшинства и большинства акционеров//Правоведение. 2004. N 1.

\*(244) См.: Baldwin V.R. Introduction-risk: The Legal Contribution//Law and Uncertainty: Risks and the Legal Processes/Ed. Baldwin V.R. Berlin: Kluwer, 1997; Реорганизация и ликвидация юридических лиц по законодательству России и стран Западной Европы. С. 13-17. Танаев В.М. Понятие "риск" в Гражданском кодексе Российской Федерации. С. 34.

\*(245) См.: Бартон Т., Шенкир У., Уокер П. Комплексный подход к риск-менеджменту: Стоит ли этим заниматься/Пер. с англ. М., 2003; Попов В.М., Ляпунов С.И., Касаткин А.А. Бизнес-планирование: анализ ошибок, рисков и конфликтов. М., 2003.

\*(246) См.: Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO)//"www.coso.org"; Canadian Institute of Chartered Accountants//"www.cica.ca"; и др.

\*(247) См.: Demsetz R., Saindenberg M., Strahan P. Agency problems and risk taking at banks//FRBNY Staff reports, 1997. N 29//"www.newyorkfed.org/research/staff\_reports"; Van Greuning H., Bratanovic S. Analysing and managing banking risk. A framework for assessing corporate governance and financial risk//The World Bank. April. 2003//"www.wds.worldbank.org/servlet"; Исследование Базельского комитета по банковскому надзору: Overview of the new Basel capital accord/Bank for international settlements. April 2003//"www.bis.org/bcbs/cp3ov.pdf".

\*(248) См.: Final NYSE corporate governance rules.//NYSE. 2003// "www.nyse.com/pdfs/finalcorpgovrules.pdf"; The Combined Code of Сorporate Governance. L. July. 2003//"www.fsa.gov.uk/pubs/ukla/lr-comcode2003.pdf".

\*(249) Распоряжение Правительства РФ от 17 июля 2002 г. N 983-р об утверждении Рекомендаций по разработке организациями, совершающими операции с денежными средствами или иным имуществом, правил внутреннего распорядка в целях противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем//СПС "Гарант".

\*(250) См.: Никитина Т.В. Страхование коммерческих и финансовых рисков. СПб., 2002.

\*(251) См.: Зозулюк А.В. Хозяйственный риск в предпринимательской деятельности. Автореф. дис. ... канд. эконом. наук. М., 1996; Нортон Р. Дж. Фонды облигаций: Путь к получению высоких доходов/Пер. с англ. М., 2002.

\*(252) См.: Megginson, W.L. Corporate Finance Theory. 1997; Брейли Р., Майерс С. Принципы корпоративных финансов/Пер. с англ. М., 2004.

\*(253) См.: Боков В.В., Забелин П.В., Федцов В.Г. Предпринимательские риски и хеджирование в отечественной и зарубежной практике. Учеб. пособие. М., 2000; Investment Management Risk Assessment: Marketing And Selling Practices, Report of the Technical Committee of IOSCO. 2003. October; Credit Risk Transfer, Consultation Report Of The Joint Forum (IOSCO, IAIS, Basle Committee), 2004.

\*(254) См.: Найт Ф.Х. Риск, неопределенность и прибыль. М., 2003; Бек У. Общество риска. На пути к другому модерну. М., 2000; Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе, 1972; Неве Ж. Математические основы теории вероятностей. М., 1969.

\*(255) См.: Шахов В.В., Медведев В.Г., Миллерман А.С. Теория управления рисками в страховании. М., 2002; Ваганов П.А. Человек. Риск. Безопасность. СПб., 2003.

\*(256) На множественность определений понятия "риск" и на многомерность данного понятия указывается, напр., в: Найт Ф.Х. Риск, неопределенность и прибыль. С. 30; Ваганов П.А., Им М.-С. Экологические риски. СПб., 2001. С. 5-6; и др.

\*(257) См.: Бернар И., Колли Ж.-К. Толковый экономический и финансовый словарь. Французская, русская, английская, немецкая, испанская терминология: В 2 т. М., 1994. Т. II. С. 500.

\*(258) См.: Бланд Д. Страхование: принципы и практика. М., 1998. С. 26-27.

\*(259) См.: Захаров В.К., Севастьянов Б.А., Чистяков В.П. Теория вероятностей. М., 1983. С. 8-9; Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1975. С. 674.

\*(260) См.: Ковалевский С.М. Конституционно-правовой режим обязательного социального страхования//Страховое право. 2000. N 3.

\*(261) См.: Гражданское право/Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2000. Т. 1. С. 560 и 562 (автор главы - Н.Д. Егоров).

\*(262) См.: Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. Л., 1983. С. 72-73; Малинин В.В. Причинная связь в уголовном праве. СПб., 2000. С. 20-21 и 304.

\*(263) См.: Гражданское право/Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 1. С. 554-555; Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 113-128.

\*(264) О.С. Иоффе, говоря о невозможности исполнения, фактически рассматривал вину как некоторый субъективный компонент причинно-следственной связи: "....невозможность исполнения может быть вызвана как виновным поведением должника, так и причинами объективного характера...." (Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву/Избранные труды: В 4 т. СПб., 2003. Т. 1. С. 316).

\*(265) Например, для применения договорной ответственности в форме штрафа к предпринимателю - лицу, действующему на свой риск, достаточно наличия, по общему правилу, только факта правонарушения (см. также: Иоффе О.С. Ответственность по советскому праву/Иоффе О.С. Избранные труды. СПб., 2003. Т. 1. С. 438. О теоретических подходах к замене категории причинной связи общей теорией вероятности (фактически категорией "риск") см.: Мизес фон Л. Человеческая деятельность: Трактат по экономической теории. М., 2000. С. 103.

\*(266) См.: Аристотель. Политика/Сочинения. М., 1983. Т. 4. С. 396. Отметим, что у древних греков для счастливого случая имелось специальное наименование - кайрос (kairуx). Термин "кайрос" использовался ими и для обозначения выгоды (прибыли). Кайросом именовался также бог счастливого случая. Кайрос имел на своей голове спереди волосы, но сзади был лыс, и для того чтобы его (счастливый случай) не упустить, необходимо было ухватить Кайроса за волосы, пока он не повернулся к тебе спиной и не превратился из счастливого в нечастный случай, то есть пока прибыль не превратилась в убыток. В собрании Эрмитажа есть античная стела с изображением такого полулысого Кайроса. (Древнегреческо-русский словарь. Составил И.Х. Дворецкий/Под ред. С.И. Соболевского. М., 1958. Т. 1. С. 858; Онианс Р. На коленях богов. М., 1999. С. 334-339).

\*(267) См.: Смит А. Исследования о природе и причинах богатства народов. М., 1997. Кн. 1. С. 109.

\*(268) В ныне действующем законодательстве и рисковый характер, и цель - систематическое получение прибыли указаны в качестве признаков предпринимательской деятельности в ее легальном определении (п. 1 ст. 2 ГК РФ).

\*(269) См.: Ковалевский М.А. Предпринимательская деятельность как деятельность творческая: Правовые аспекты/Кодекс-info. 1999. N 3.

\*(270) Фрэнк Найт, который первым в исследованиях природы прибыли ввел различие между риском и неопределенностью, по данному поводу указывал на следующее: "Для того чтобы проведенное: различие между измеримой и неизмеримой неопределенностью не стиралось, мы будем обозначать первую из них термином "риск", а вторую - термином "неопределенность". Обычно слово "риск" употребляется весьма вольно: так называют неопределенность любого вида, связанную с непредвиденными обстоятельствами неблагоприятного толка; точно так же термин "неопределенность" подразумевает благоприятный исход....." (Найт Ф.Х. Риск, неопределенность и прибыль. М., 2003. С. 30-31, 224-228).

\*(271) Страхование и управление риском: Терминологический словарь. М., 2000. С. 281.

\*(272) Статья "Риск" в кн.: Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона: В 86 т. СПб., 1890-1907, переиздано (М.: Адепт, 2002).

\*(273) Магазинер Я.М. Общая теория права на основе советского законодательства//Правоведение. 1999. N 1. С. 136.

\*(274) См.: Бек У. Указ. соч. М., 2000. С. 21-24.

\*(275) Федеральный закон от 27 декабря 2002 г. N 184-ФЗ "О техническом регулировании". Ст. 2//РГ. 2002. 31 дек. (с послед. изм.).

\*(276) См.: Закон РФ от 27 ноября 1992 г. N 4015-1 "Об организации страхового дела в Российской Федерации". Ст. 9//РГ. 1993. 12 янв. (с послед. изм.).

\*(277) Закон о техническом регулировании. Ст. 2.

\*(278) См., например, следующую классификацию рисков: Kolluru R.V. Health Risk Assessment: Principles and Practices//Risk Assessment and Management Handbook. For Environmental, Health and Safety Professionals. N.Y., 1966. P. 123-151 (подробный анализ этой классификации дан в работе: Ваганов П.А., Им. М.-С. Экологические риски. СПб., 2001. С. 8-9).

\*(279) См.: Найт Ф.Х. Риск, неопределенность и прибыль. С. 194. Л. фон Мизес по поводу связи риска, неопределенного будущего и деятельности отмечал следующее: "Если бы будущее было известно человеку, то он бы не стоял перед выбором и не действовал. Он реагировал бы на раздражители как автомат, помимо своей воли...." (Мизес фон Л. Указ. соч. М., 2000. С. 101).

\*(280) См.: Гражданское общество. Мировой опыт и проблемы России. М., 1998. С. 134-135.

\*(281) См.: п. 1 ст. 34 Конституции РФ.

\*(282) См. по этому поводу также практику Конституционного совета Франции, приведенную в работе: Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности. М., 1993. С. 232.

\*(283) Статья "Рисковые сделки" в кн. Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона.

\*(284) Определение Конституционного Суда РФ от 16 декабря 2002 г. N 282-О о прекращении производства по делу о проверке конституционности статьи 1062 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой коммерческого акционерного банка "Банк Сосьете Женераль Восток"//РГ. 2002. 28 дек.

\*(285) Определенным свидетельством неразрывной связи страхования и риска служит то обстоятельство, что слово "страх" в дореволюционном российском законодательстве выполняло ту же роль, что и "риск" в современном законодательстве (см.: ст. 110, 226, 227 и другие нормы в проекте Гражданского уложения (Гражданское уложение. Кн. 5 "Обязательства" (проект). СПб., 1899), а также работу: Ойгензихт В.А. Указ. соч. С. 6).

\*(286) См.: Ковалевский М.А. Правовое регулирование хранения в коммерческом обороте//Кодекс-info, 2001. N 12.

\*(287) См.: Салинз М. Экономика каменного века. М., 1999. С. 228-229.

\*(288) См.: Ковалевский М.А. Правовое регулирование хранения.

\*(289) Для сравнения следует указать на то, что в ныне действующем Гражданском кодексе РФ страхованию посвящено 44 статьи, а хранению - 41 статья.

\*(290) См.: Серебровский В.И. Очерки советского страхового права. М., 1926. С. 118; Агарков М.М. Очерки кредитного права. М., 1926. С. 52.

\*(291) См.: Красавчиков О.А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М., 1966. С. 144-145.

\*(292) См.: Рассудовский В. Вопрос об имущественном риске в гражданском праве//Советская юстиция. 1963. N 18; Красавчиков О.А. Указ. соч.; Малеин Н.С. Вина - необходимое условие имущественной ответственности//Советское государство и право. 1971. N 2; Ойгензихт В.А. Указ. соч.

\*(293) Название одного из принципов, широко используемого в практике различных финансовых институтов в целью снижения риска, - диверсификация - происходит от латинского diverse - различным образом, различно (см.: Латинско-русский словарь. Сост. А.М. Малинин. М., 1961. С. 203).

\*(294) См.: Фишер С., Дорнбуш Р., Шмалензи Р. Экономика. М., 1995. С. 157.

\*(295) См.: Мосс М. Очерк о даре. Форма и основания обмена в архаических обществах/Мосс М. Общество. Обмен. Личность: Труды по социальной антропологии. М., 1996. С. 80-89.

\*(296) См.: Ковалевский М.А. Правовой режим и правовой статус фондов: от целевого источника имущества к субъекту права//Кодекс-info. 2000. N 1.

\*(297) См.: Ковалевский М.А. Блага "жизнь" и "здоровье": Конституционно-правовое значение и элементы правовой охраны//Кодекс-info. 2003. N 1-2.

\*(298) Смит А. Теория нравственных чувств. М., 1997. С. 214.

\*(299) Маршалл А. Принципы экономической науки. М., 1993. Т. I. С. 79.

\*(300) Франк Р.Х. Микроэкономика и поведение. М., 2000. С. 20.

\*(301) Там же. С. 222.

\*(302) Бурев В.И., Римская И.Н. Этика права. М., 1999. С. 23.

\*(303) См.: Современный философский словарь/Под общ. ред. В.Е. Кемерова. 2-е изд., испр. и доп. Лондон; М.; Минск, 1998. С. 516-517 (автор статьи "Мораль" - С.А. Азаренко). См. также: Буреев В.И., Римская И.Н. Указ. соч. С. 11.

\*(304) Адорно Теодор В. Проблемы философии морали. М., 2000. С. 14-15.

\*(305) Кант И. Метафизика нравов//Кант И. Собр. соч.: В 8 т. М., 1994. Т. 6. С. 240.

\*(306) Теория права и государства/Отв. ред. Г.Н. Манов. М., 1995. С. 111 (автор главы - Е.А. Лукашева).

\*(307) Соловьев В.С. Оправдание добра. М., 1996. С. 328.

\*(308) Права человека: Учебник для вузов/Отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 1999. С. 266 (автор главы - Н.В. Колотова).

\*(309) См.: Конституция РФ. П. 3 ст. 55.

\*(310) См.: Гражданское право/Под ред. Е.А. Суханова. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1998. Т. 1. С. 427 (автор раздела - Е.А. Суханов).

\*(311) См.: ГК РФ. П. 3 ст. 35, ст. 151, 169, ч. 2 п. 3 ст. 1064 и ст. 1001.

\*(312) Теория государства и права/Под ред. В.М. Карельского и В.Д. Перевалова. М., 1997. С. 245-248 (автор главы - Н.Н. Тарасов).

\*(313) См.: там же. С. 245-248. В работе (Поляков А.В. Общая теория права. СПб., 2001. С. 249-252) дается несколько отличное от приведенного здесь деление социальных норм, промежуточных по механизму своего действия между моралью и правом. Вместе с тем, как и Н.Н. Тарасов, А.В. Поляков фактически признает доминирование моральных и правовых норм в системе социальных норм гражданского общества и правового государства.

\*(314) См.: Магазинер Я.М. Общая теория права. N 4. С. 104; Поляков А.В. Указ. соч. С. 239-240.

\*(315) Отметим, что подобные обязанности, в частности, играют существенную роль в качестве предпосылок возникновения и эффективного действия механизма страхования (см., напр.: Ковалевский М.А. Правовое регулирование обязательного государственного страхования жизни и здоровья военнослужащих и приравненных к ним лиц. СПб., 2003. С. 37-38).

\*(316) Поляков А.В. Указ. соч. С. 245-246.

\*(317) Ллойд Д. Идея права. М., 2002. С. 31.

\*(318) См.: Olevecrona K. Law as Fact. L., 1963. P. 124-125; Ллойд Д. Указ. соч. С. 47-48.

\*(319) См.: Ллойд Д. Указ. соч. С. 36-37, 40, 47.

\*(320) См. Ковалевский М.А. Правовое регулирование хранения.

\*(321) Ст. 1065 ГК РФ.

\*(322) См.: Ковалевский С.М. История правового регулирования обязательного социального страхования от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний в России//Страховое право. 2002. N 2.

\*(323) См.: Губаева А.К. Массовые деликты в условиях современных социально-технологических процессов//Кодекс-info. 2002. N 1-2.

\*(324) Правовой характер государственности - это в настоящее время составная часть конституционно-правового положения России (см. п. 1 ст. 1 Конституции РФ).

\*(325) Hornsby v. Greece. 1997. Mаrch, 19. Reports of Judgments and Decisions 1997-II. P. 510. Para. 40.

\*(326) П. 34 и 35 решения Европейского суда по правам человека по делу "Бурдов против России" от 7 мая 2002 г./Пер. Ю. Берестнева и А. Ковтуна

\*(327) В настоящее время в России право частной собственности является конституционно значимым (ст. 8 и 35 Конституции РФ).

\*(328) См. п. 40 решения Европейского суда по правам человека по делу "Бурдов против России".

\*(329) Еллинек Г. Общее учение о государстве. 2-е изд. СПб., 1908. С. 583.

\*(330) См.: Ровный В.В. Обычай в частном праве. Иркутск: Иркутский университет, 2004.

\*(331) В Риме mores maiorum - хранимые понтификами заветы предков, устойчивые древние формы правового общения, сложившиеся в доцивильный период и имевшие в отношении Jus civile скорее консервативное значение; consuetudo - правовой обычай, форма Jus civile и источник его обновления, mos regionis - связанный с процессом правоприменения в провинциях местный обычай. В Германии оппозицией обычаю как источнику права (Gewohnheitsreht) являются не признаваемые таковыми обычаи оборота (Verkehrssitte) (ст. 157, 242 BGB). Во Франции в рамках usage (более употребимого перед coutume) usage de droit, usage imperatif (обычаи, являющиеся нормами права) противопоставляются usage de fait, usage conventionnel (обычаям, таковыми не являющимся), при этом одни авторы считают правовыми обычаи, противоречащие императивным нормам, другие - также и иные обычаи. Обязательность обычая в Англии связывается с торговыми обычаями, местные же обычаи обязательны, только если являются старинными - возникли до 1189 г. (подробнее см.: Дождев Д.В. Римское частное право. М., 1996. С. 78, 79, 81; Нарышкина Р.Л. Гражданское и торговое право капиталистических государств/Под ред. Е.А. Васильева. М., 1993. С. 45; Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1983. С. 27-29; Иоффе О.С. Из истории цивилистической мысли//Гражданское право. Избранные труды. М., 2000. С. 66; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 222-223, 262-263, 265).

\*(332) См.: Дернбург Г. Пандекты. М., 1906. Т. 1. С. 66; Покровский И.А. История римского права. СПб., 1998. С. 117-121; Новицкий И.Б. Основы римского гражданского права. М., 2000. С. 16; Мейер Д.И. Русское гражданское право: В 2 ч. М., 1997. Ч. 1. С. 47; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 36-37.

\*(333) См.: Сарбаш С.В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. М., 1998. С. 20-24, 36-37; Шилохвост О.Ю. Отступное в гражданском праве России. М., 1999. С. 61-65; Рассказова Н.Ю. Банковская гарантия по российскому законодательству. М., 1998. С. 5; Сидорченко В.Ф. Общая авария. СПб., 1999. С. 53, 54.

\*(334) См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право: Курс лекций. Л., 1958. С. 43; Он же. Советское гражданское право. М., 1967. С. 53.

\*(335) См.: Лебедев К.К. Предпринимательское и коммерческое право: Системные аспекты. СПб., 2002. С. 188-189, 217-234.

\*(336) См.: Белкин А.А. Обычаи и обыкновения в государственном праве//Правоведение. 1998. N 1. С. 37-38.

\*(337) См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 94-95; Нарышкина Р.Л. Указ. соч. С. 40-41; Мартьянова Т.С., Коваль Г.О. Обычай как источник французского частного права//Кодекс-info. 1999. N 8. С. 15-16.

\*(338) См.: Дернбург Г. Указ. соч. С. 68-70; Хвостов В.М. Система римского права. М., 1996. С. 33-34; Мейер Д.И. Указ. соч. Ч. 1. С. 45-47; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 37-38; Он же. Общая теория права: В 2 т. М., 1995. Т. 2. С. 63-69, 74; Петражицкий Л.И. Теория права и государства. СПб., 2000. С. 437, 439, 440-442; Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1999. С. 101, 102-103; Супатаев М.А. Правовой обычай как источник права в развивающихся странах//Источники права/Отв. ред. С.А. Сосна. (Серия "Гос-во и право в развив. странах".) М., 1985. Вып. 7. С. 48-49, 54; Мартьянова Т.С., Коваль Г.О. Указ. соч. С. 13.

\*(339) См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 49, 50.

\*(340) Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30 апреля 1999 г. N 81-ФЗ//РГ. 1999. 1-5 мая (с послед. изм.).

\*(341) В отличие от ст. 251 КТМ СССР 1968 г. (см.: ВВС СССР. 1968. N 39. Ст. 361), которая предоставляла возможность руководствоваться международными обычаями торгового мореплавания только при неполноте закона, аналогичная норма п. 2 ст. 285 КТМ РФ позволяет применять Йорк-Антверпенские правила об общей аварии и другие международные обычаи торгового мореплавания "в случаях, если это предусмотрено соглашением сторон, а также в случаях неполноты подлежащего применению закона". Таким образом, сегодня Йорк-Антверпенские правила и международные обычаи торгового мореплавания применяются при неполноте подлежащего применению закона, т.е. после всех и всяких норм гл. XVI КТМ РФ и в случае недостатка таковых (обычай "в дополнение к закону"), а также если соглашение признает их предпочтительными перед правилами КТМ РФ. А поскольку такое соглашение может касаться только диспозитивных, но не императивных норм закона (см. п. 4 ст. 421 ГК РФ), указанные правила и обычаи могут применяться наряду с императивными нормами гл. XVI КТМ РФ (согласно п. 1 ст. 285 КТМ РФ они содержатся в п. 1 ст. 284 и ст. 305-309) и взамен диспозитивных норм данной главы. Поэтому правило п. 2 ст. 285 КТМ РФ, дополнительно санкционируя применение международных морских обычаев по вопросам общей аварии, также обеспечивает заинтересованным лицам возможность выбора применимого права.

\*(342) См.: Коток В.Ф. О предмете и источниках конституционного права социалистических стран//Конституционное право социалистических стран. М., 1963. С. 99; Зыкин И.С. Указ. соч. С. 14, 32, 34; Белых В.С., Кривошеев И.В. Страховое право. М., 2001. С. 35; Малова О.В. Правовой обычай как источник права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 10, 16-17; Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М., 2005. С. 128.

\*(343) См.: Поротиков А.И. Обычай в гражданском праве РФ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 8, 19-20, 22.

\*(344) См.: Дернбург Г. Указ. соч. С. 69-70; Хвостов В.М. Указ. соч. С. 34-35; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 37-38; Вильнянский С.И. Обычаи и правила социалистического общежития//Учен. зап. Харьков. юрид. ин-та. Вып. 5. Харьков, 1954. С. 15; Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. М., 1959. С. 67; Иоффе О.С. Советское гражданское право. М., 1967. С. 53-54; Зыкин И.С. Указ. соч. С. 14-18, 35, 51, 60, 77-78; Кулагин М.И. Предпринимательство и право: Опыт Запада//Избранные труды. М., 1997. С. 211; Белкин А.А. Указ. соч. С. 38-39; Попов В.В. Обыкновения правоприменительной деятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000; Зумбулидзе Р-М.З. Обычное право как источник (форма) гражданского права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2003. С. 7, 19; Поротиков А.И. Обычай в гражданском праве РФ. С. 18; Белых В.С. Указ. соч. С. 129-131.

\*(345) Иначе считают: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 37-38; Кулагин М.И. Указ. соч. С. 211; Кашанина Т.В. Хозяйственные товарищества и общества: Правовое регулирование внутрифирменной деятельности. М., 1995. С. 101.

\*(346) Единообразный торговый кодекс США (Uniform Commercial Code).

\*(347) См.: Международное частное право/Под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2001. С. 72-74, 383-384. Подробнее о транснациональном праве см.: Бахин С.В. Субправо. СПб., 2002. С. 83.

\*(348) Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров от 11 апреля 1980 г. Вена//СПС "Гарант".

\*(349) Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА). Документ разработан Международным институтом унификации частного права в 1994 г.//СПС "Гарант".

\*(350) Подробнее о данной - субправовой - форме единообразного регулирования международных экономических отношений см.: Бахин С.В. Указ. соч. С. 65-83.

\*(351) Международные правила толкования торговых терминов "Инкотермс" (публикация Международной торговой палаты N 460 ред. 1990 г. В 2000 г. принята новая редакция документа - "Инкотермс-2000")//СПС "Гарант".

\*(352) См. п. 11 Обзора практики рассмотрения споров по делам с участием иностранных лиц, рассмотренных арбитражными судами после 1 июля 1995 г. (Инф. письмо Президиума ВАС РФ от 25 декабря 1996 г. N 10)//Вестник ВАС РФ. 1997. N 3. С. 97-98.

\*(353) См.: Зыкин И.С. Указ. соч. С. 104-110; Бахин С.В. Указ. соч. С. 93-96.

\*(354) См.: Зыкин И.С. Указ. соч. С. 22; Нарышкина Р.Л. Указ. соч. С. 45. Отсутствие четкой градации между обычаем и обыкновением и взаимозаменяемость этих терминов характерны и для права ряда других стран (см.: Супатаев М.А. Указ. соч. С. 47).

\*(355) Закон РФ от 7 июля 1993 г. N 5338-I "О международном коммерческом арбитраже"//Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. N 32. Ст. 1240.

\*(356) Ведомости СНД СССР и ВС СССР. 1991. N 26. Ст. 733.

\*(357) Подробнее об этом ниже.

\*(358) См.: Кашанина Т.В. Указ. соч. С. 99-101.

\*(359) См.: Зыкин И.С. Указ. соч. С. 13.

\*(360) См.: п. 4 Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8 о некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации//РГ. 1996. 13 авг.

\*(361) См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 38.

\*(362) См.: Зыкин И.С. Указ. соч. С. 84.

\*(363) См.: Хвостов В.М. Указ. соч. С. 32; Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М., 1994. С. 44.

\*(364) См.: Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991. С. 46-57.

\*(365) См.: Гранат Н.Л. Понятие источников права и их виды//Юрист. 1998. N 9. С. 6.

\*(366) См.: Сидорченко В.Ф. Указ. соч. С. 4-60.

\*(367) См.: СЗ РФ. 1998. N 51. Ст. 6268.

\*(368) Положение о поставках продукции производственно-технического назначения. Положение о поставках товаров народного потребления. Утверждены постановлением Совета министров СССР от 25 июля 1988 г.//СП СССР. Отд. 1. 1988. N 24-25. Ст. 70.

\*(369) См.: п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 октября 1997 г. N 18 о некоторых вопросах, связанных с применением положений ГК РФ о договоре поставки//Вестник ВАС РФ. 1998. N 3.

\*(370) См.: Новицкий И.Б. Основы римского гражданского права. С. 14.

\*(371) См.: Зыкин И.С. Указ. соч. С. 80-81; Белых В.С. Указ. соч. С. 127.

\*(372) См.: Вильнянский С.И. Указ. соч. С. 7; Зыкин И.С. Указ. соч. С. 12. Впрочем, это разделяется не всеми (см.: Рамзайцев Д.Ф. О значении обычаев в международной торговле//Международные торговые обычаи. М., 1958. С. 6).

\*(373) См.: Хвостов В.М. Указ. соч. С. 36; Гражданское право/Под ред. Е.А. Суханова. М., 1998. Т. 1. С. 60.

\*(374) Французское право накануне революции было разделено на право кутюмов (германское, обычное), действовавшее на территории Северной Франции, и писаное право юга Франции, основанное на римском праве. Было подсчитано, что во Франции действовало не менее 60 общих кутюмов (coutumes generales), частично повторявших друг друга, на территории сразу нескольких провинций и 300 - чисто местного значения (coutumes locales). С победой Великой Французской революции в 1789 г., разрушившей старый социальный порядок, возникла необходимость создания единообразного гражданского права. Вследствие этого Национальное учредительное собрание Франции (Assemblee national constituante) провозгласило, что "будет разработан Свод гражданских законов, единый для всего королевства".

\*(375) См.: Мартьянова Т.С., Коваль Г. Указ. соч. С. 13.

\*(376) См.: Зумбулидзе Р-М.З. Обычай как источник международного частного права//Современные проблемы юриспруденции/Отв. ред. А.В. Цихоцкий. Новосибирск, 1999. Вып. 1. С. 72; Алимжан К.А. Обычай как источник права в правовой системе Республики Казахстан//"http://www.yurclub.ru/docs/civil/article73.shtmll"; Поротиков А.И. Указ. соч. С. 7-8, 14-15.

\*(377) См.: Зыкин И.С. Указ. соч. С. 80-81, 103-104.

\*(378) Обязательные правила, о которых говорится в п. 1 ст. 422 ГК РФ, нетождественны обязательным положениям, о которых идет речь в п. 2 ст. 5 ГК РФ: эти [статьи](#sub_2) выполняют разные функции. Статья 5 ГК РФ определяет, что такое обычай делового оборота (п. 1) и каково его соотношение с законодательством и договором (п. 2), кроме того, в п. 2 ст. 5 ГК РФ говорится об обязательных положениях законодательства, а также условиях договора, при этом если положения императивных норм и условия договора обязательны всегда (безусловно), то положения диспозитивных норм обязательны под условием (если они восприняты договором). Напротив, ст. 422 ГК РФ посвящена взаимоотношениям между договором и императивными нормами закона, которым должен соответствовать всякий договор.

\*(379) См.: Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров. М., 1995. С. 32; Он же. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. М., 1998. С. 16-17.

\*(380) Формулируя диспозитивные нормы, законодатель использует разные варианты установления "иного": в одних случаях говорит о договоре (см. п. 2 ст. 459, п. 2 ст. 724 ГК РФ), в другом - о его существе (см. ч. 3 ст. 1006 ГК РФ), известны ссылки на существо или условия обязательства (см. ст. 312, абз. 2 п. 2 ст. 314 ГК РФ) и даже на заведенный порядок (см. п. 2 ст. 438 ГК РФ). Речь в данном случае идет именно о диспозитивных нормах как таковых, а потому в расчет не берутся диспозитивные нормы, воспринятые участниками договора и ставшие обычными условиями договора, обязательный характер которых способен блокировать действие всякого торгового обычая (см. п. 2 ст. 5 ГК РФ).

\*(381) См.: Зумбулидзе Р-М.З. Обычное право. С. 8, 23; Поротиков А.И. Указ. соч. С. 9, 22-23.

\*(382) Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 95.

\*(383) Цитович П.П. Очерк основных понятий торгового права. М., 2001. С. 95-100.

\*(384) Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М., 1994. С. 75-81.

\*(385) Каминка А.И. Очерки торгового права. М., 2002. С. 180-201.

\*(386) Розенберг В.В. Фирма. Догматический очерк. СПб., 1914.

\*(387) См.: Цитович П.П. Указ. соч. С. 95.

\*(388) См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 75.

\*(389) Каминка А.И. Указ. соч. С. 183-184.

\*(390) Розенберг В.В. Указ. соч. С. 21-22.

\*(391) Шретер В. Советское хозяйственное право (право торгово-промышленное). М. - Л. 1928. С. 196.

\*(392) Раевич С.И. Исключительные права. Право на товарные знаки, промышленные образцы, изобретения, авторское право. Л., 1926. С. 72.

\*(393) Вильнянский С.И. Лекции по советскому гражданскому праву. Харьков, 1958. С. 147.

\*(394) Гражданское право. Учебник: В 3 т./Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2003. Т. 3. С. 264.

\*(395) См.: Розенберг В.В. Указ. соч. С. 53.

\*(396) Положение о фирме от 22 июня 1927 г.//СЗ СССР. 1927. N 40. Ст. 395.

\*(397) ВВС РФ. 1991. N 16. Ст. 499; 1992. N 34. Ст. 1966; СЗ РФ. 1995. N 22. Ст. 1966; N 51. Ст. 4974; 1998. N 19. Ст. 2066; 2000. N 2. Ст. 124; 2002. N 1. Ст. 2; N 12. Ст. 1093; N 41. Ст. 3969.

\*(398) СЗ РФ. 2002. N 48. Ст. 4746.

\*(399) См.: письмо ВАС РФ от 29 мая 1992 г. N С-13/ОПИ-122 "Об отдельных решениях совещаний по арбитражной практике"//Вестник ВАС РФ. 1992. N 1.

\*(400) Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 1996. С. 522.

\*(401) Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. N 42. Ст. 2322; СЗ РФ. 2002. N 50. Ст. 4927.

\*(402) Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. N 17. Ст. 614.

\*(403) См.: Розенберг В.В. Указ. соч. С. 55, 56; Гражданское право/Под. ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 3. С. 264 (автор главы - А.П. Сергеев).

\*(404) Розенберг В.В. Указ. соч. С. 57.

\*(405) См.: Розенберг В.В. Указ. соч. С. 64.

\*(406) См.: Сергеев А.П. Указ. соч. С. 524.

\*(407) СЗ РФ. 1996. N 20. Ст. 2321; 2001. N 21. Ст. 2062; 2002. N 12. Ст. 1093.

\*(408) СЗ РФ. 1998. N 7. Ст. 785; N 28. Ст. 3261 (с послед. изм.).

\*(409) СЗ РФ. 1996. N 1. Ст. 1 (с послед. изм.).

\*(410) СЗ РФ. 1995. N 50. Ст. 4870; 1997. N 10. Ст. 1120; 1999. N 8. Ст. 973; 2002. N 12. Ст. 1093; 2003. N 2. Ст. 160, 167; РГ. 2003. 17 июля.

\*(411) СЗ РФ. 1996. N 6. Ст. 492 (с послед. изм.).

\*(412) РГ. 1993. 12 янв. (с послед. изм.).

\*(413) РГ. 1996. 18 дек.; СЗ РФ. 2004. N 31. Ст. 3268.

\*(414) СЗ РФ. 1995. N 49. Ст. 4697.

\*(415) Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. N 18. Ст. 961 (с послед. изм.).

\*(416) РГ. 2001. 4 дек.; 2004. 1 июля.

\*(417) РГ. 1993. 12 авг. (с послед. изм.).

\*(418) См., напр.: Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 1996. С. 532-535; Калятин В.О. Интеллектуальная собственность: (Исключительные права). М., 2000. С. 338-340; Охрана интеллектуальной собственности в России: Сборник законов, международных договоров, правил Роспатента с комментариями/Отв. ред Л.А. Трахтенгерц. М., 2005. С. 576 (автор раздела - В.В. Орлова).

\*(419) Калятин В.О. Указ. соч. С. 339.

\*(420) Там же. С. 338.

\*(421) Сергеев А.П. Указ. соч. С. 534.

\*(422) Охрана интеллектуальной собственности в России. С. 576.

\*(423) Ведомости СНД и ВС СССР. 1991. N 26. Ст. 733.

\*(424) СЗ СССР. 1925. N 82. Ст. 623.

\*(425) Ведомости СНД и ВС СССР. 1991. N 26. Ст. 734.

\*(426) Ведомости СНД и ВС СССР. 1990. N 25. Ст. 460 (утратил силу).

\*(427) Ведомости СНД и ВС СССР. 1990. N 30. Ст. 418 (с послед. изм., утратил силу).

\*(428) СЗ РФ. 2001. N 33 Ст. 3431 (с послед. изм.).

\*(429) РГ. 2002. 26 июня; 2003. 4 марта; 5 нояб.; 2004. 13 марта.

\*(430) РГ. 2002. 26 июня; 2003. 4 марта; 5 нояб.; 2004. 13 марта.

\*(431) РГ. 2004. 13 марта.

\*(432) Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 18 июня 2001 г. по делу N А05-452/01-4/17.

\*(433) Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1989. С. 834.

\*(434) Советский энциклопедический словарь/Гл. редактор А.М. Прохоров. М., 1989. С. 1400.

\*(435) СЗ РФ. 1996. N 1. Ст. 1 (с послед. изм.).

\*(436) См.: Осиновский А. Акционер против акционерного общества. СПб., 2003. С. 20-22.

\*(437) См.: Килячков А. Корпоративное управление как фактор привлечения и защиты инвестиций//Рынок ценных бумаг. 2003. N 4. С. 51.

\*(438) См.: Кодекс корпоративного поведения. М., 2003. С. 7-11.

\*(439) См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 18 ноября 2003 г. N 19 о некоторых вопросах применения Федерального закона "Об акционерных обществах"//Вестник ВАС РФ. 2004. N 1.

\*(440) См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 18 ноября 2003 г. N 19.

\*(441) Причины этого раскрываются в работе: Гололобов Д.В. Акционерное общество против акционера: Противодействие корпоративному шантажу. М. 2004. С. 164-165.

\*(442) См.: Скловский К. О последствиях совершения руководителем сделок вопреки интересам организации//Хозяйство и право. 1998. N 5.

\*(443) См.: Гололобов Д.В. Указ. соч. С. 160-161.

\*(444) См.: п. 2.1.2 постановления ФКЦБ РФ от 31 мая 2002 г. N 17/пс об утверждении положения о дополнительных требованиях к порядку подготовки, созыва и проведения общего собрания акционеров//СПС "Гарант".

\*(445) См.: Кодекс корпоративного поведения. С. 26, 27, 37.

\*(446) См.: Антикризисный менеджмент/Под ред. проф. Грязновой А.Г. М.: ЭКМОС, 1999. С. 6.

\*(447) Антикризисный менеджмент. С. 7.

\*(448) См.: Аборнева О.И., Букреев А.М. Государственное регулирование отношений несостоятельности (банкротства) организации на уровне субъектов Российской Федерации//Проблемы экономики и организации производственных и социальных систем. Сб. научных трудов. Вып. 1. Южно-Российский государственный технический университет. Новочеркасск, 1999. С. 12-13.

\*(449) СЗ РФ. 2002. N 43. Ст. 4190 (с послед. изм.).

\*(450) СЗ РФ. 1999. N 9. Ст. 1097 (с послед. изм.).

\*(451) СЗ РФ. 1999. N 26. Ст. 3179.

\*(452) Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. N 1. Ст. 6.

\*(453) Федеральный закон от 8 января 1998 г. N 6-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" (утратил силу, далее - Закон о банкротстве 1998 г.)//СЗ РФ. 1998. N 2. Ст. 222.

\*(454) Устав о банкротах. СПб., 1807. Ч. I. С. 3.

\*(455) См.: Витрянский В.В. Пути совершенствования законодательства о банкротстве//Вестник ВАС РФ. 2001. Специальное приложение N 3. С. 92.

\*(456) См. Обзор высказываний экономистов, социологов, философов и юристов, о содержании понятия "интерес" в работе: Михайлов С. Категория интереса в российском гражданском праве. М., 2002. С. 12-26.

\*(457) Ст. 4 Закона РФ от 27 ноября 1992 г. N 4015-I "Об организации страхового дела в Российской Федерации" (далее - Закон об организации страхового дела), а также пп. 1 п. 1 ст. 942 ГК РФ.

\*(458) См.: Ковалевская Н.С. Страховой интерес//Труды конференции "10 лет кафедре коммерческого права. Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права". СПб., 1995.

\*(459) См.: п. 3 ст. 423 ГК РФ.

\*(460) Это нормы соответственно гл. 25 и ст. 451 ГК РФ.

\*(461) См.: Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 731.

\*(462) См., например, нормы о публичном договоре, защищающие публичный интерес, которые закреплены в ст. 426 ГК РФ.

\*(463) Ст. 421 ГК РФ.

\*(464) Ст. 4 Закона об организации страхового дела.

\*(465) Ст. 4 Закона РФ от 28 июня 1991 г. N 1499-I "О медицинском страховании граждан в РФ" (далее - Закон о медицинском страховании)//РГ. 1991. 23 июля (с послед. изм.).

\*(466) П. 1 ст. 1 Федерального закона от 28 марта 1998 г. N 52-ФЗ "Об обязательном государственном страховании жизни и здоровья военнослужащих, граждан, призванных на военные сборы, лиц рядового и начальствующего состава органов внутренних дел Российской Федерации, Государственной противопожарной службы, сотрудников учреждений и органов уголовно-исполнительной системы и сотрудников федеральных органов налоговой полиции" (далее - Закон об обязательном страховании военнослужащих и приравненных к ним лиц)//СЗ РФ. 1998. N 13. Ст. 1474 (с послед. изм.).

\*(467) См.: Граве К.А., Лунц Л.А. Страхование. М., 1960. С. 18-19.

\*(468) Норма п. 1 ст. 1 Закона об обязательном страховании военнослужащих и приравненных к ним лиц отождествляет объект страховой охраны с объектом страхования. В этом законодатель следует позиции В.К. Райхера, а не позиции К.А. Граве и Л.А. Лунца, разделяющих эти два объекта. Последняя позиция была фактически воспринята законодателем в общих нормах законодательства о страховании.

\*(469) См.: Иоффе О.С. Указ. соч. С. 741.

\*(470) См.: Шиминова М.Я. Государственное страхование в СССР. М., 1987. С. 32.

\*(471) См.: Серебровский В.И. Страхование. М., 1927. С. 78.

\*(472) См.: Граве К.А., Лунц Л.А. Указ. соч. С. 42-43.

\*(473) См. Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. М. - Л., 1947. С. 208.

\*(474) Белых В.С., Кривошеев И.В. Страховое право. М., 2000. С. 85.

\*(475) Ее авторы почему-то именуют "страховой суммой", которая является страховой выплатой только по личному страхованию.

\*(476) Здесь вспоминается неоднократно слышанные автором в период зарождения нового российского коммерческого страхования, в самом начале рыночных реформ 90-х гг. прошлого века, изобилующих страховыми серыми схемами, оптимистические утверждения ряда "новых страховщиков" о том, что они даже отношения по купле-продаже жареных пирожков могут оформить как исполнение по договору страхования.

\*(477) К рассмотренным выше мнениям можно добавить те, что выражены в следующих работах: Потяркин Д.Е. Интерес в страховании//Государство и право. 1998. N 4; Михайлов С. Страховой интерес//Страховое право. 1999. N 3; Брагинский М.И. Договор страхования. М., 2000. С. 54-55; Фогельсон Ю.Б. Введение в страховое право. М., 2001. С. 16.

\*(478) Черных П.Я. Историко-этимологический словарь современного русского языка. М., 1994. С. 352.

\*(479) Мосс М. Очерк о даре. Форма и основание обмена в архаических обществах/Мосс М. Общества. Обмен. Личность: Труды по социальной антропологии. М., 1996. С. 214.

\*(480) Бартошек М. Римское право: Понятие, термины, определения. М., 1989. С. 122.

\*(481) Schreuer. Deutsches Privatrecht. Berlin, 1921. S. 355.

\*(482) Это требование являлось прямым следствием евангельского принципа: "Возлюби ближнего как самого себя".

\*(483) См. об этом подробнее в работе: Ковалевская Н.С., Ковалевский М.А. Развитие коммерческого страхового законодательства в России: Начальный этап//Страховое право. 2001. N 4.

\*(484) О сложностях выделения понятия "страховой интерес" из норм дореволюционного страхового законодательства см. в работе: Идельсон В. Страховое право: Лекции, читанные преп. Идельсоном Б.Р. в Спб. Политехн. Ин-те на эконом. от-нии, страховом подотделе в 1907 г. М.: Анкил, 1989. С. 61-65.

\*(485) Решение Гражданского кассационного департамента Правительствующего сената. 1898. N 5 (см.: Практика Гражданского кассационного департамента Правительствующего сената по страховому праву/Под ред. А.Н. Рождественского. Сост. Н. Малаховский. СПб., 1909. С. 339).

\*(486) СУ РСФСР. 1922. N 71. Ст. 904.

\*(487) См., например, Кодекс торгового мореплавания СССР от 17 сентября 1968 г. Ст. 196//Свод законов СССР. Т. 8. С. 123-177, ч. 1 п. 1 ст. 942, ст. 930 ГК РФ.

\*(488) Подобная схема передачи автомобиля иностранной марки была обусловлена стремлением избежать уплаты таможенных пошлин при наличии у первоначального владельца таможенных льгот.

\*(489) Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 31 января 2002 г. по делу N 2593.

\*(490) Постановление Президиума ВАС РФ от 21 апреля 1998 г. N 1540/98.

\*(491) См.: Фогельсон Ю. Страховой интерес при страховании имущества//Хозяйство и право. 1998. N 9.

\*(492) См.: п. 4 ст. 935 ГК РФ.

\*(493) О распространенности в практике подобной формы закрепления правового обычая и об особенностях данной формы см. подробнее: Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. М., 1950. Т. 1. Полутом 1. С. 145-147.

\*(494) См.: ч. 2 ст. 74 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. N 1-ФКЗ "О Конституционном суде Российской Федерации"//РГ. 1994. 23 июля.

\*(495) Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 15 ноября 2000 г. N А44-1072/2000-С5 31.

\*(496) Обзор практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договоров страхования (письмо Президиума ВАС РФ от 28 ноября 2003 г. N 75).

\*(497) См.: Степанов И. Опыт теории страхового договора. Казань, 1875. С. 69.

\*(498) См.: ст. 948 ГК РФ.

\*(499) См.: ст. 928 ГК РФ.

\*(500) См.: п. 1 ст. 930 ГК РФ.

\*(501) См.: п. 2 ст. 930 ГК РФ.

\*(502) См.: п. 2 ст. 10 Закона об организации страхового дела, а также п. 2 ст. 947 ГК РФ.

\*(503) См.: абз. 1 п. 3 ст. 10 Закона об организации страхового дела.

\*(504) См.: абз. 3 п. 3 ст. 10 Закона об организации страхового дела, а также п. 4 ст. 951 ГК РФ.

\*(505) См.: п. 1 ст. 964 ГК РФ.

\*(506) Это следует из содержания п. 4 ст. 965 ГК РФ.

\*(507) См.: п. 2 ст. 964 ГК РФ.

\*(508) См.: ст. 931 ГК РФ.

\*(509) См.: Гражданское право. Учебник/Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1997. Ч. 2. С. 522 (автор раздела - А.А. Иванов); Иванова Е. Правовое регулирование страхования внедоговорной ответственности: Общие вопросы//Страховое право. 2000. N 2. С. 5; Ковалевский М.А. Конституционные основы личного страхования//Страховое право. 2001. N 3. С. 21.

\*(510) См.: п. 3 ст. 931 ГК РФ.

\*(511) См.: п. 2 ст. 964 ГК РФ.

\*(512) Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 30 ноября 2001 г. N КГ-А40/6935-01.

\*(513) См.: п. 1 ст. 958 ГК РФ.

\*(514) См.: Гражданский кодекс Квебека. М., 1999. С. 367.

\*(515) Там же. С. 357.

\*(516) СЗ РФ. 2001. N 50. Ст. 4823.

\*(517) См.: Скловский К.И. Некоторые проблемы владения в судебной практике//Вестник ВАС РФ. 2002. N 4; Он же. Владение и владельческая защита//Право и экономика, 2000, N 2; Он же. Защита владения от изъятия в административном порядке//Хозяйство и право. 1998. N 7; Рахмилович В.А. О праве собственности на вещь, отчужденную неуправомоченным лицом добросовестному приобретателю (К вопросу о приобретении права от неуправомоченного лица)//Проблемы современного гражданского права. М., 2000.

\*(518) См.: Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М.: Дело, 1996.

\*(519) Там же. С. 107.

\*(520) По мнению К.И. Скловского, очередная задача судов - обеспечение защиты добросовестного незаконного владения без присвоения не присущих ему свойств субъективного права. См.: Скловский К.И. Некоторые проблемы владения в судебной практике. С. 26.

\*(521) См.: Хвостов В.М. Система римского права. М., 1996. С. 273.

\*(522) Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. С. 292.

\*(523) В Определении КС РФ от 27 ноября 2001 г. отмечается, что по смыслу ст. 131 во взаимосвязи со ст. 118, 124, 231, 320 и 364 Таможенного кодекса РФ обязанность выполнить требования по таможенному оформлению товаров и транспортных средств, в том числе уплатить таможенные платежи, не может быть возложена на приобретателя, если он не относится к плательщикам, на которых такая обязанность возложена непосредственно законом, не привлекается к ответственности за нарушение таможенных правил и на момент приобретения имущества не знал и не должен был знать о незаконности ввоза этого имущества на таможенную территорию Российской Федерации.

Если приобретатель не проявляет в отношениях, связанных с приобретением имущества, "заведомо происходящего из-за границы, ту степень заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась", его нельзя рассматривать как добросовестного приобретателя.

\*(524) См.: Право собственности и иные вещные права: Способы их защиты. М., 1996. С. 77.

\*(525) См.: Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., 1989. С. 203-204.

\*(526) См.: Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. С. 317.

\*(527) См.: Предпринимательское право Российской Федерации/Отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. М.: Юристъ., 2003. С. 944-981; Попондопуло В.Ф. Коммерческое (предпринимательское) право. Учебник. М.: Юристъ., 2004. С. 342-366.

\*(528) См.: Юридическая энциклопедия/Отв. ред. Б.Н. Топорнин. М.: Юристъ, 2001. С. 821-822.

\*(529) См.: Конституционное право. Энциклопедический словарь/Отв. ред. и рук. авт. коллектива докт. юрид. наук, проф. С.А. Авакян. М.: Норма, 2000. С. 465.

\*(530) См.: Юридическая энциклопедия/Изд. М.Ю. Тихомирова. М.: Юринформцентр, 1997. С. 347.

\*(531) СЗ РФ. 1997. N 1. Ст. 1 (с послед. изм.).

\*(532) См.: Российская юридическая энциклопедия. М.: ИНФРА-М, 1999. С. 762-763.

\*(533) См.: Петрухин И.Л., Батуров Г.П., Морщакова Т.Г. Теоретические основы эффективности правосудия. М., 1979. С. 47.

\*(534) См.: Популярный юридический энциклопедический словарь/Редкол.: О.Е. Кутафин, Н.Л. Туманов, И.В. Шмаров и др. М.: РИПОЛ КЛАССИК, 2002. С. 568; Большой юридический словарь/Под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских. 2-е изд., перераб. и доп. М., ИНФРА-М, 2001. С. 469.

\*(535) См.: Попов П.А. Правосудие - основная функция судебной власти//Актуальные проблемы процессуальной цивилистической науки: Материалы научно-практической конференции, посвященной 80-летию профессора М.А. Викут/Отв. ред. Н.В. Кузнецов. Саратов: Саратовская государственная академия права, 2003. С. 106-108.

\*(536) См.: Завидов Б.Д. Комментарий к Закону о статусе судей в Российской Федерации. М.: Юстицинформ, 2003. С. 14-16.

\*(537) См.: Мирза Л.С. Соотношение правосудия и судебного контроля//Сборник статей аспирантов и стажеров Института государства и права Российской академии наук. М., 2004. С. 157-164.

\*(538) См.: Баренбойм П.Д. Первая конституция мира: Библейские корни независимости суда. Учеб. пособие. М.: Белые альвы. 1997.

\*(539) См.: Законодательство и экономика. 2004. N 1. С. 18.

\*(540) См.: Романовская В.Б., Мигунова Т.Л. Судебная власть - исторически первая ветвь государственной власти//Российский судья. 2000. N 5. С. 3-6.

\*(541) См.: Ефремова Н.Н. Судоустройство России в ХVIII - первой половине ХIХ в.: (Историко-правовое исследование). М.: Наука, 1993.

\*(542) См.: Судебная власть/Под ред. И.Л. Петрухина. М.: ТК Велби, 2003. С. 24.

\*(543) См.: Правоведение. 2004. N 1. С. 248-249.

\*(544) Топорнин Б.Н. Развитие судебной власти в России: общие подходы//Судебная реформа: проблемы и перспективы. М.: Институт государства и права РАН, 2001. С. 8.

\*(545) СЗ РГ. 1992. 29 июля (с послед. изм.).

\*(546) См.: Северин Ю.Д. Организационные основы правосудия: Проблемы и опыт в канун судебной реформы. М.: Белый берег, 2003.

\*(547) Дмитриев Ф.М. История судебных инстанций и гражданского апелляционного производства от Судебника до Учреждения о губерниях. М., 1859. С. 580.

\*(548) См.: Бутин М.Д. Сибирь, ее дореформенные суды и условия ведения торговых и промышленных дел до сооружения Сибирской железной дороги. СПб.: Народная польза. 1900; Троцина К. История судебных учреждений в России. СПб., 1851; Михайлов М. История образования и развития системы русского гражданского судопроизводства до Уложения 1649 г. СПб., 1848; Волков А.Ф. Торговые третейские суды. Историко-догматическое исследование. СПб., 1913. Переиздание: Третейский суд. 1999. N 2-6; 2000. N 1, 2, 4; 2001. N 1; Вицын А.И. Третейский суд по русскому праву. М., 1856. Переиздание: Третейский суд. 1999. N 2-6; 2000. N 1, 3, 6.

\*(549) См.: Казанцев С.М. Коммерческие суды в дореволюционной России//Вестник ВАС РФ. Отдельное юбилейное издание: 10 лет арбитражным судам. 2002. С. 22-41; Кудряшов С.М. Коммерческие третейские суды в России//Государство и право. 1995. N 8. С. 110-118; Архипов И.В. Коммерческие суды и торговый процесс в России//Правоведение. 1994. N 4. С. 108-120; Афанасьев С.Ф., Зайцев А.И. Некоторые вопросы генезиса специализации судов в России//Философская и правовая мысль. Альманах. Вып. 1. Саратов - Санкт-Петербург: Стило, 2001. С. 45-59; Они же: Об истории специализации юрисдикционных органов//Правоведение. 2002. N 2. С. 135-143; Архипов И.В. Коммерческое судоустройство и судопроизводство в России в ХIХ веке. Саратов., 1999.

\*(550) См.: Дювернуа Н. Источники права и суд в Древней России: Опыты по истории русского гражданского права. М., 1869 (недавно эта работа была переиздана: Дювернуа Н. Источники права и суд в Древней России: Опыты по истории русского гражданского права. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004); Ланге Н. О правах собственности по древнерусскому праву. СПб., 1886; Немиров Г.А. Торговый суд в России до 1832 г.//Вестник права. 1901. N 1; Сыромятников Б.И. Очерк истории суда в древней и новой России//Судебная реформа. Т. 1. М., 1915; Демченко Г.В. Из истории судоустройства в Древней России. Варшава, 1909.

\*(551) См.: Ефремова Н.Н. Судоустройство России в ХVIII - первой половине ХIХ в. М., 1993.

\*(552) См.: Кутафин О.Е., Лебедев В.М., Семигин Г.Ю. Судебная власть в России: история, документы: В 6 т. М.: Мысль, 2003.

\*(553) См.: Власов В.И. История судебной власти. Книга первая (1019-1917 годы). М.: Компания Спутник+, 2003; Власов В.И. История судебной власти. Книга вторая (1917-2003 годы). М.: Компания Спутник+. 2004.

\*(554) См.: Гребенцов А.М. Развитие хозяйственной юрисдикции в России. Дис. .... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001.

\*(555) См.: Авдеева О.А. Судебная система Восточной Сибири в ХVII - первой половине ХIХ века (Сравнительный анализ общеимперских и региональных начал). Дис. .... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001.

\*(556) См.: Немытина М.В. Суд в России: вторая половина ХIХ - начало ХХ века. Дис. .... докт. юрид. наук. М., 2000.

\*(557) См.: Смирнов С.Г. Задачник по истории науки: От Фалеса до Ньютона. М.: МИРОС-МАИК "Наука/Интерпериодика", 2001. С. 5.

\*(558) См.: Власов В.И. История судебной власти. Кн. 1. С. 21.

\*(559) См.: Гребенцов А.М. Развитие хозяйственной юрисдикции в России. Автореф. дис. .... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 6.

\*(560) См.: РГ. 2005. 4 марта.

\*(561) Зорькин В.Д. Качество правосудия - это вопрос конституционный//Закон и право. 2005. N 1. С. 8.

\*(562) См.: Митюков М.А., Барнашов А.М. Очерки конституционного правосудия: (Сравнительно-правовое исследование законодательства и судебной практики). Томск: Изд-во Томского университета, 1999; Витрук Н.В. Конституционное правосудие в России (1991-2001 гг.). Очерки теории и практики. М, 2001; Конституционное правосудие на рубеже веков: Материалы международной конференции, посвященной 10-летию Конституционного Суда Российской Федерации (1-2 ноября 2001 г., Москва). М.: Норма, 2002.

\*(563) См.: Митина М.Г. Принципы арбитражного судоустройства. Автореф. дис. .... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2000. С. 6.

\*(564) См.: Кряжков В.А., Лазарев Л.В. Конституционная юстиция в Российской Федерации. Учеб. пособие. М.: БЕК, 1998.

\*(565) См.: Кант И. Сочинения. М., 1965. Т. 4. С. 231.

\*(566) Удинцев В.А. Избранные труды по торговому и гражданскому праву. М., 2003. С. 71.

\*(567) См.: Дженкс Э. Английское право. М., 1947. С. 26-27.

\*(568) См.: Удинцев В.А. Указ. соч. М., 2003. С. 58.

\*(569) Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2002. С. 247.

\*(570) Цитович П.П. Очерк основных понятий торгового права. М., 2001. С. 55.

\*(571) Более подробно на эту тему см.: Базанов И.А. Происхождение современной ипотеки. М., 2004.

\*(572) Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. М., 2003. Т. 3. С. 28.

\*(573) Белов В.А. Очерки по вексельному праву. М., 2000. С. 21.

\*(574) Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 3. С. 29.

\*(575) Бушев А.Ю., Макарова О.Ю., Попондопуло В.Ф. Коммерческое право зарубежных стран. СПб., 2003. С. 16 (автор главы - А.Ю. Бушев).

\*(576) Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 2003. С. 371.

\*(577) Бушев А.Ю. Ценные бумаги в системе ипотечного кредитования//Юрист и бухгалтер. 2004. N 3 (16). С. 8.

\*(578) Каминка А.И. Очерки торгового права. М., 2002. С. 41.

\*(579) Кулишер И.М. История русской торговли и промышленности. Челябинск, 2003. С. 73-74.

\*(580) Удинцев В.А. Указ. соч. С. 41.

\*(581) См.: Барабанов О.Н. Бартоломео Боско - генуэзский юрист ХIV-XV веков: Теория и практика гражданского судебного процесса. СПб., 2002. С. 109-116.

\*(582) См.: Барабанов О.Н. Делегированное судопроизводство в Генуе ХV века//Право в средневековом мире. СПб., 2001. С. 90-91.

\*(583) Ашер Д. Применение Нью-Йоркской конвенции французскими судами//Третейский суд. 2003. N 6. С. 19.

\*(584) См.: там же. С. 27.

\*(585) См.: Кулишер И.М. Указ. соч. С. 73.

\*(586) См.: Удинцев В.А. Указ. соч. С. 137.

\*(587) Мейер Д.И. Юридические исследования относительно торгового быта Одессы//Мейер Д.И. Избранные произведения по гражданскому праву. М., 2003. С. 209.

\*(588) Очерк истории Санкт-Петербургского коммерческого суда 1833-1908 годов и его современные деятели. СПб., 1908. С. 5.

\*(589) См.: Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса. М., 1913. Т. 1. С. 273-274; Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 4. С. 58-61.

\*(590) Рекомендация Комитета министров Совета Европы от 14 мая 1981 г. N R (81) 7 "Комитет министров - государствам-членам относительно путей облегчения доступа к правосудию"//Российская юстиция. 1997. N 6. С. 4.

\*(591) Советский журнал международного права. 1991. N 3. С. 210-229.

\*(592) Международно-правовые основы иностранных инвестиций в России. Сборник нормативных актов и документов. М.: Юридическая литература. 1995. С. 197-276.

\*(593) Звеков В.П. Международное частное право. М., 2001. С. 261-262.

\*(594) Договор об учреждении Европейского экономического сообщества от 25 марта 1957 г., г. Рим (Россия не участвует)//Договоры, учреждающие европейские сообщества. М.: Право, 1994. С. 95-288.

\*(595) Право Европейского союза. М., 1999. С. 98-99 (автор главы - Е.П. Ермакова).

\*(596) Феллман Э. Механизм разрешения споров в сфере международной торговли//Россия и международная торговая система. СПб., 2000. С. 257.

\*(597) См.: Jackson J.N. The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on treaty law and economic relations. Cambridge, 2000. P. 121.

\*(598) См.: Вельяминов Г.М. Порядок урегулирования споров во Всемирной торговой организации//Московский журнал международного права. 1999. N 1. С. 101.

\*(599) СЗ РФ. 1996. N 1. Ст. 18 (с послед. изм.).

\*(600) Плешанов А.Г. Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: Проблемы теории и практики. М., 2002. С. 115.

\*(601) Суханов Е.А. Третейские суды в системе Торгово-промышленной палаты Российской Федерации//Третейский суд. 2003. N 3. С. 56.

\*(602) См.: Светлов В.А. Аналитика конфликта. СПб., 2001. С. 22.

\*(603) См.: Алексеев О.А. Экономические конфликты в условиях трансформации общественной системы: Концептуальные вопросы рационализации и урегулирования//Конфликтология - теория и практика. 2003. N 1. С. 46.

\*(604) Хасан Б.И. Конструктивная психология конфликта. СПб., 2003. С. 73.

\*(605) См.: Хасан Б.И. Указ. соч. С. 157.

\*(606) Комментарий к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации"/Отв. ред. А.Л. Маковский, Е.А. Суханов. М., 2003. Предисловие.

\*(607) Решетникова И.В., Ярков В.В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России. Екатеринбург - М., 1999. С. 233 (автор главы - В.В. Ярков).

\*(608) Захарьящева И.Ю. О правовой природе института примирительных процедур в системе экономического правосудия//Третейский суд. 2004. N 4. С. 24-25.

\*(609) Клеандров М.И. Статус судьи. Новосибирск, 2000. С. 224-225.

\*(610) Елисеев А.Н., Шульга И.Е. Институциональный анализ интеллектуальной собственности. М., 2005. С. 72.

\*(611) Познер Р. Экономический анализ права: В 2 т. СПб., 2004. Т. 2. С. 743.

\*(612) См.: Кудряшова Е.Н. Институциональные соглашения в условиях естественной монополии. М., 2004. С. 25.

\*(613) Кутер Р.Д. Теорема Коуза//Экономическая теория. М., 2004. С. 62.

\*(614) См.: Уильямсон О.И. Экономические институты капитализма. СПб., 1996. С. 68.

\*(615) См.: Якобсон Л.И. Экономика общественного сектора. М., 1995. С. 75.

\*(616) См.: Нельсон Р. Мировые достижения в области разрешения конфликтов//Третейский суд. 2000. N 6. С. 61.

\*(617) См.: Марк Ю. Какую форму урегулирования споров выбрать в Германии?//Третейский суд. 2004. N 4. С. 76.

\*(618) См.: Еганян А.С. Альтернативные способы разрешения споров: Международный опыт как основа для использования подобных процедур в России//Третейский суд. 2004. N 5. С. 124.

\*(619) См.: Нельсон Р. Указ. соч. С. 44.

\*(620) См.: Вилкова Н.Г. Указ. соч. С. 253.

\*(621) СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3019.

\*(622) Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. N 63-ФЗ//СЗ РФ. 1996. N 25. Ст. 2954 (с послед. изм.).

\*(623) См.: К вопросу о материальных последствиях преступлений в сфере экономики//Правоведение. 1999. N 1. С. 122; Сапожков А.А. Кредитные преступления. СПб., 2002. С. 206.

\*(624) Кругликов Л.Л. Экономические правонарушения: Понятие, виды, вопросы дифференциации ответственности//Налоговые и иные экономические преступления. Сб. науч. ст. Вып. 1. Ярославль, 2000. С. 16-17.

\*(625) Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. N 195-ФЗ//СЗ РФ. 2002. N 1. Ч. 1. Ст. 1 (с послед. изм.).

\*(626) Обзор высказанных в литературе суждений относительно понятия "крупный ущерб" в составах преступлений в сфере экономической деятельности см.: Кузнецова Н.Ф., Лопашенко Н.А. Проблемы квалификации экономических преступлений//Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2001. N 2. С. 4-6; Лопашенко Н.А. Еще раз об оценочных категориях в законодательных формулировках преступлений в сфере экономической деятельности//Уголовное право. 2002. N 2. С. 44.

\*(627) См.: Гаухман Л. Соотношение крупного размера и крупного ущерба по УК РФ//Законность. 2001. N 1. С. 32; Волженкин Б.В. Преступления в сфере экономической деятельности. СПб., 2002. Н.Ф. Кузнецова пишет: "В экономических преступлениях четко определить можно лишь прямой и простой имущественный ущерб. Если он по содержанию и объектам сложен, носит характер косвенного ущерба, то в конкретном денежном выражении его представить сложно или невозможно. В таких случаях закон употребляет выражение "ущерб гражданам, организациям или государству". См.: Курс уголовного права. Т. 1. Общая часть/Под. ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. М., 2002. С. 23.

\*(628) См.: Лопашенко Н.А. Преступления в сфере экономической деятельности: Понятие, система, проблемы квалификации и наказания. Саратов, 1999. С. 29-31; Она же. Преступления в сфере экономической деятельности. Комментарий к главе 22 УК РФ. Ростов н/Д, 1999. С. 41; Она же. Вопросы совершенствования норм главы 22 УК РФ//Налоговые и иные экономические преступления. Сб. науч. ст. Вып. 1. Ярославль, 2000. С. 18; Она же. Еще раз об оценочных категориях в законодательных формулировках преступлений в сфере экономической деятельности. С. 39. Включали в ущерб от преступлений в сфере экономической деятельности причинение вреда жизни и здоровью человека также А.Э. Жалинский (см.: Жалинский А.Э. Уголовная ответственность в сфере лицензирования//Закон. 2000. N 1. С. 115) и некоторые другие специалисты.

\*(629) См.: Андреев А., Гордейчик С. Понятие последствий преступлений в сфере экономической деятельности//Российская юстиция. 1997. N 7. С. 43; Чучаев А.И., Аванесян Г.С. Воспрепятствование законной предпринимательской деятельности//Юрист. 1999. N 12. С. 69-70; Рарог А.И. Усмотрение правоприменителя при квалификации преступлений//Уголовное право. 2000. N 1. С. 41; Иногамова-Хегай Л. Совершенствование уголовно-правовых норм об экономических преступлениях//Уголовное право. 2001. N 1. С. 16-17; Волженкин Б.В. Преступления в сфере экономической деятельности. С. 97.

\*(630) СЗ РФ. 2002. N 10. Ст. 966.

\*(631) ПГ. N 231. 2003. 11 дек.

\*(632) Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. 2-е изд. М., 1999. С. 117-118.

\*(633) См.: Лопашенко Н. Еще раз об оценочных категориях в законодательных формулировках преступлений. С. 45.

\*(634) Т.Д. Устинова обоснованно полагает, что величина крупного ущерба для организации (государства) и гражданина не может быть одинаковой. См.: Устинова Т.Д. Актуальные проблемы уголовной ответственности за преступления, посягающие на предпринимательскую деятельность. Автореф. дис. .... докт. юрид. наук. М., 2005. С. 28-29.

\*(635) Гаухман Л. Указ. соч. С. 34.

\*(636) См.: Яцеленко Б.В., Жилкин М.Г. Ущерб как последствие преступлений в сфере экономической деятельности//Налоговые и иные экономические преступления. Сб. науч. статей. Вып. 5. Ярославль, 2002. С. 21-32.

\*(637) Хотя в соответствии со ст. 151 ГК РФ моральный вред может компенсироваться только денежной суммой, предложение включать в сумму общего ущерба, причиненного экономическим преступлением, соответствующую денежную сумму в качестве компенсации за моральный вред или вред, причиненный деловой репутации (см.: Викулин А.Ю. Понятие ущерба в УК РФ: Применительно к главе 22//Государство и право. 1998. N 4. С. 100, 103), не может быть поддержано.

\*(638) См.: Шишко И.В. Экономические преступления: Вопросы юридической оценки и ответственности. СПб., 2004. С. 47-48.

\*(639) Наумов А.В. Российское уголовное право: Общая часть. Курс лекций. 2-е изд. М., 1999. С. 84.

\*(640) См.: Шишко И.В. Указ. соч. С. 68-87.

\*(641) Там же. С. 301.

\*(642) Иная точка зрения отстаивается И.В. Шишко. См.: Шишко И.В. Указ. соч. С. 90-100, 301.

\*(643) РГ. 2004. 7 дек.

\*(644) См.: Яни П.С. Бланкетные "экономические" статьи уголовного закона//Российская юстиция. 1995. N 11. С. 47.

\*(645) Шишко И.В. Указ. соч. С. 220.

\*(646) Там же. С. 221-222.

\*(647) См.: Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации/Под. ред. П.Н. Панченко. Н. Новгород, 1996. Т. 1. С. 464, 470, 475, 477, 522, 565.

\*(648) См.: Уголовное право. Особенная часть/Под. ред. В.Н. Петрашова. М., 1999. С. 227, 230, 243, 254.

\*(649) См.: Коренев А.С. Уголовная ответственность за незаконную предпринимательскую деятельность. Автореф. дис. .... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 19-20.

\*(650) См.: Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть/Под ред. А.И. Рарога. 2-е изд. М., 2002. С. 106, 230; Клепицкий И.А. Уголовно-правовая охрана инвестиций на рынке ценных бумаг//Законодательство. 2004. N 1. С. 70.

\*(651) Иногамова-Хегай Л.В. Пределы уголовной ответственности за экономические преступления/Предпринимательство. Пределы государственно-правового вмешательства. Материалы конференции. М., 2001. С. 40.

\*(652) См.: Шишко И.В. Указ. соч. С. 282-285, 305.

\*(653) Яни П.С. Экономические и служебные преступления. М., 1997. С. 21.

\*(654) См. информацию о данном конгрессе: Ярков В.В. XI Всемирный конгресс по процессуальному праву//Журнал российского права. 1999. N 11. С. 161-166.

\*(655) См.: СНГ: реформа гражданского процессуального права: Материалы международной конференции/Под общ. ред. М.М. Богуславского и А. Трунка. М. Городец, 2002; на немецком языке: Reform des Zivil- und Wirtschaftsprozessrechts in den Mitgliedstaaten der GUS. Band 16 der "Veroffentlichungen der Wissenschaftlichen. Vereinigung fur Internationales Verfahrensrecht e.V.". Herausgegeben von Mark M. Boguslavskij und Alexander Trunk. Gieseking-Verlag. Bielefeld. 2004.

\*(656) См.: Медведев И.Г., Трушников С.С., Ярков В.В. Научные конференции по процессуальному праву в Институте права стран Восточной Европы Университета Христиана-Альбрехта (Киль, ФРГ) в 2002-2003 гг.//Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002-2003. N 2. СПб.: Изд-во ГУ, 2004. С. 571-576; Мусин В.А., Ярков В.В. Международное частное право России в европейском контексте. Симпозиум в Плене 19 июня 2004 г. в честь 80-летия профессора М.М. Богуславского//Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2004. N 3. СПб.: Изд-во ГУ, 2005. С. 830-831; Russland im Kontext der internationalen Entwicklung: Internationalen Privatrecht, Kulturguterscchutz, geitiges Eigentum, Rechtsvereinheitlichung. Festschriftfur Mark Moiseevic Boguslavskij. A. Trunk, R. Knieper, A. Svetlanov (Hrsg.). BWV. Berliner Wissenschafts-Verlag. 2004.

\*(657) См.: Савчук М., Ярков В. Унификация процессуального права в Европе//Коллегия. 2002. N 5. С. 38-39. По итогам конференции была издана книга: Procedural Laws in Europe. Towards harmonization. Edited by Prof. M. Storme. Maklu, 2003; См. рецензию на книгу: Савчук М., Ярков В. Рецензия на книгу "Процессуальное право в Европе. Вперед к гармонизации"//Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002-2003. N 2. СПб.: Изд-во ГУ, 2004. С. 547-554.

\*(658) См.: Некрошюс В., Ярков В. Конференция в Вильнюсе "Реформа гражданского процесса в суде первой инстанции в государствах региона Балтийского моря и Центральной Европы"//Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2004. N 3. СПб.: Изд-во ГУ, 2005. С. 832-836.

\*(659) Ряд докладов, сделанных на конференции в Тюбингене, опубликованы с согласия их авторов в Российском ежегоднике гражданского и арбитражного процесса. См.: Йессиу-Фальтси П. Европейский исполнительный лист и последствия его введения для исполнительного права Европы//Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002-2003. N 2. СПб.: Изд-во ГУ, 2004. С. 346-377; Лягард П. Единое общеевропейское регулирование имущественных отношений супругов и наследования//Там же. С. 455-476; Хаас У. Единое европейское правовое пространство по делам о наследстве//Там же. С. 477-539.

Конференция в Варшаве была посвящена эффективности подготовки и разбирательства дела в государственных судах и международном коммерческом арбитраже. Ряд докладов - профессоров А. Узелака, Р. Шютце - сейчас переводятся и будут опубликованы в новом номере ежегодника за 2005 г.

\*(660) См.: Виноградова Е.А. Процессуальное право и процессуальная культура: XII Международный конгресс по процессуальному праву (Мексика, сентябрь 2003 г.)//Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002-2003. N 2. СПб.: Изд-во ГУ, 2004. С. 560-570.

\*(661) См.: Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002-2003. N 2. СПб.: Изд-во ГУ, 2004. С. 577-643; Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2004. N 3. СПб.: Изд-во ГУ, 2005. С. 456-558. Последний Регламент Совета от 21 апреля 2004 г. ЕС N 805/2004, устанавливающий Европейский исполнительный лист для бесспорных требований, подготовлен для опубликования в ежегоднике N 4 за 2005 г.

\*(662) См.: Светланов А.Г. Международный гражданский процесс: Современные тенденции. М., 2002.

\*(663) Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union europйenne/Ed. Storme Marsel. Kluwer, 1994.

\*(664) Jolowicz J.A. On Civil Procedure. Cambridge University Press. 2000.

\*(665) См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1997. С. 114.

\*(666) См.: Legeais R. Grand systimes de droit contemporains. Une approche comparative. P.: Litec, 2004. P. 192.

\*(667) См.: Некрошюс В. Гражданско-процессуальная реформа в Литве//Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002-2003. N 2. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2004. С. 171.

\*(668) См.: Алексеев С.С. Право: Опыт комплексного исследования. М.: Статут. 1999. С. 608.

\*(669) СЗ РФ. 2001. N 2. Ст. 163.

\*(670) См.: Светланов А.Г. Международный гражданский процесс: Современные тенденции. М., 2002. С. 34-36.

\*(671) См. подробный очерк развития в книге: Богуславский М.М. Иммунитет государств. М.: Изд-во ИМО, 1962.

\*(672) См.: Хлестова И.О. Вопросы иммунитета государств в законодательстве и в договорной практике Российской Федерации//Проблемы международного частного права/Под ред. Н.И. Марышевой. М., 2000. С. 71.

\*(673) См.: Martens C.-P. Doctrine of state immunity concerning state enterprises//International Judicial Assistance in Civil Matters. Editors S.Rodrigues, B.Prell. N.Y., 1999. P. 222. См. подробнее в целом данную статью: Р. 221-226. Об этом деле также см.: Шак Х. Международное гражданское процессуальное право. М.: Бек, 2001. С. 70, 71. Подробный обзор развития доктрины и судебной практики по вопросам судебного иммунитета см.: Светланов А.Г. Международный гражданский процесс: Современные тенденции. С. 54-62.

\*(674) См.: Международное частное право: Современная практика/Под ред. М.М. Богуславского и А.Г. Светланова. М., 2000. С. 216.

\*(675) Там же. С. 70.

\*(676) Там же. С. 69.

\*(677) См.: Нешатаева Т.Н. Международный гражданский процесс. М., 2001. С. 91.

\*(678) СЗ РФ. 1996. N 1. Ст. 18 (с послед. изм.).

\*(679) См.: Крупко С.И. Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором. М.: Бек, 2002.

\*(680) См.: Богуславский М.М. Иностранные инвестиции: Правовое регулирование. М.: Бек, 1996. С. 207; Богуславский М.М. Международное частное право. 5-е изд. М.: Юристъ, 2004. С. 184, 185.

\*(681) См.: Жуков В.А. Гражданский иск к иностранному государству - нарушителю основных прав человека: (Проблема юрисдикционного иммунитета)//Актуальные проблемы гражданского права. Вып. 4. М.: Норма, 2002. С. 341-386; Светланов А.Г. Международный гражданский процесс: Современные тенденции. С. 60, 61.

\*(682) См. о влиянии подобной терминологии на судебный процесс: Аболонин Г.О. О перспективах развития искового производства//Система гражданской юрисдикции в канун ХХI века: Современное состояние и перспективы развития. Екатеринбург, 2000. С. 329-342.

\*(683) Светланов А.Г. Международный гражданский процесс. С. 33, 34.

\*(684) Богуславский М.М. Международное частное право. С. 179, 180.

\*(685) Там же. С. 511.

\*(686) Яковлев В.Ф. Судебная реформа: Итоги и задачи//Экономика. Право. Суд. Проблемы теории и практики. М., 2003. С. 356, 357.

\*(687) Вопрос о доступе к правосудию постоянно рассматривается в доктрине. См., напр.: Ярков В.В. Юридическая помощь по судебным делам малоимущим гражданам//В кн.: Бернэм У., Решетникова И.В., Ярков В.В. Судебная реформа: Проблемы гражданской юрисдикции. Екатеринбург, 1996. С. 104-111; Ярков В.В. Доступно ли гражданам наше правосудие?//Российская юстиция. 1999. N 2. С. 25, 26; Сидоренко В.М. Принцип доступности правосудия и проблемы его реализации в гражданском и арбитражном процессе. Автореф. дис. .... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002; Приходько И.А. Доступность правосудия в арбитражном и гражданском процессе: Основные проблемы. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2005. С. 79-109.

\*(688) Вестник ВАС РФ. 1995. N 4. С. 75-77.

\*(689) См. интересную публикацию по данной теме: Чеботарева С.В., Нагаева А.А. Об оценке разумности сроков судебных разбирательств в системе арбитражных судов Российской Федерации//ВАС РФ. 2005. N 5. С. 127-137.

\*(690) ВАС РФ. 2004. N 4. С. 24.

\*(691) См., например, анализ работы арбитражных судов за 2003 г.: ВАС РФ. 2004. N 4. С. 9.

\*(692) Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union europйenne. Kluwer, 1994.

\*(693) См.: Решетникова И.В. Доказательственное право США и Англии. М. Городец, 1999. 2-е изд. С. 37-48.

\*(694) См.: Светланов А.Г. Международный гражданский процесс: Современные тенденции. М., 2002.

\*(695) Подробный анализ унификации и гармонизации законодательства на примере международного частного права проведен Г.К. Дмитриевой. См.: Международное частное право/Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: Проспект, 2000. Гл. 6.

\*(696) См., например: Aubert J.-L. Introduction au droit et thйmes fondamentaux du droit civil. 9th йdition. P., Dalloz, 2002. P. 33, 45.

\*(697) См.: Вербар К. Определение публичного порядка во внутреннем праве России через французское право//Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2001. N 1. М.: Норма, 2002. С. 273.

\*(698) СЗ РФ. 1995. N 18. Ст. 1589 (с послед. изм.).

\*(699) См. подробнее: СНГ: Реформа гражданского процессуального права. Материалы международной конференции. Под общей ред. М.М. Богуславского и А. Трунка. М. Городец, 2002.

\*(700) См.: Мами К. Судебные реформы в Казахстане и России. Сравнительный анализ//Российская юстиция. 2001. N 12. С. 38.

\*(701) СЗ РФ. 1998. N 2. Ст. 222.

\*(702) Такова оценка заместителя руководителя Администрации Президента России В.П. Иванова//Вестник ВАС РФ. 2004. N 7. С. 6-8.

\*(703) Федеральный закон от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)"//СЗ РФ. 2002. N 43. Ст. 4190 (с послед. изм.).

\*(704) О рассмотрении дел о несостоятельности (банкротстве)//Вестник ВАС РФ. 2004. N 4. С. 35.

\*(705) Примерно 75% дел публичного права возбуждается по крайней мере в арбитражных судах по инициативе органов власти, а не граждан и организаций, поскольку они не имеют права без санкции суда взыскать штрафы и другие санкции.

\*(706) Текст выступления взят со странички официального веб-сайта Президента России: "www.president.kremlin.ru/text/appears/2004/11/80369/shtml"

\*(707) Вестник ВАС РФ. 2005. N 2. С. 5-17.

\*(708) СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3019.

\*(709) Медведев И.Г. Аналитический обзор по материалам работы последних конгрессов Международного союза Латинского нотариата//Центр нотариальных исследований: Материалы и статьи. Вып. 1. Екатеринбург, 2003. С. 107.

\*(710) Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1999.

\*(711) Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. М., 2000. Т. 1: Основы.

\*(712) Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. М., 2000.

\*(713) Германское гражданское уложение.

\*(714) См.: Бушев А.Ю., Макарова О.А., Попондопуло В.Ф. Коммерческое право зарубежных стран: Учеб. пособие/Под общ. ред. В.Ф. Попондопуло. СПб., 2003.

\*(715) AAVV Il Codice civile commentato con la giurisprudenzadiretto da Massimo Franzoni. Bologna: Zanichelli, 1999.

\*(716) Межведомственный комитет по кредиту и сбережениям.

\*(717) Европейская система центральных банков.

\*(718) AAVV Il Codice civile commentato con la giurisprudenza:diretto da Massimo Franzoni. Bologna. Zanichelli, 1999. Art. 5-7.

\*(719) Ferri Giuseppe. Manuale di diritto commerciale, 7-a ediz. Torino, UTET, 1991. P. 37.

\*(720) Palmieri Germano. Dizionario dei termini giuridici. Rizzoli libri s.p.a. Milano, 1993. P. 252.

\*(721) Ibid. P. 1673.

\*(722) 1 евро на 1 января 2002 г. был равен 1936,27 лиры (источник - адрес в Интернете Банка Италии "www.bancaditalia.it").

\*(723) Palmieri Germano. Ор. сit. 1673.

\*(724) AAVV Il Codice civile commentato con la giurisprudenza. P. 619, 620.

\*(725) Palmieri Germano. Ор. сit. P. 461.

\*(726) 10 тыс. евро.

\*(727) 0,5 евро.

\*(728) Ferri Giuseppe. Ор. сit. P. 51.

\*(729) Alpa Guido. La cultura delle regole//Storia del diritto civile italiano, Gius. Laterza & Figli spa, Roma-Bari, P. 369.

\*(730) Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, della amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa. Legge 16 marzo 1942, n. 267//"http://www.aziendalex.kataweb.it/".

\*(731) Amministrazione straordinaria grandi imprese. Legge 30 gennaio 1979, n. 26//"http://www.aziendalex.kataweb.it/".

\*(732) Ferri Giuseppe. Ор. сit. P. 304.

\*(733) AAVV I1. Codice civile commentato con la giurisprudenza. P. 391.

\*(734) Ibid.

\*(735) Novissimo digesto italiano. Torino, 1959. Vol. IV. P. 1027.

\*(736) Общий (итал.), в Средние века коммуна - это свободный город.

\*(737) Общность вещей (лат.).

\*(738) По мерке (итал.).

\*(739) Целиком (итал.).

\*(740) AAVV Il Codice civile commentato con la giurisprudenza. P. 1197.

\*(741) См.: "http://www.catasto.it/".

\*(742) Ferri Giuseppe. Ор. сit. P. 643.

\*(743) Galgano Francesco. Diritto commerciale. L'imprenditore. Zanichelli, Bologna, 2002. P. 181.

\*(744) Ibid. P. 186, 192.

\*(745) Ibid. P. 205.

\*(746) Galgano Francesco. Ор. сit. P. 213.

\*(747) Картоларизация - глобальная уступка требований по денежным обязательствам.

\*(748) Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti. Legge 30 aprile 1999. N 130//Gazzetta Ufficiale. 1999. N 111. 14 maggio.

\*(749) AAVV Il Codice civile commentato con la giurisprudenza. P. 963-964.

**Менеджеру, студенту, преподавателю**

**БЕСПЛАТНО по экономике и менеджменту:**

[**Электронная библиотека учебников**](http://учебники.информ2000.рф/)

[**Материалы для самообразования и рефератов**](http://учебники.информ2000.рф/povyshenie-kvalifikacii-rukovoditelei.htm)

[**Готовые дипломы**](http://учебники.информ2000.рф/diplom.htm)

|  |
| --- |
| НАПИСАНИЕ на ЗАКАЗ:  1. Дипломы, курсовые, рефераты...  2. Диссертации и научные работы  3. Школьные задания  Онлайн-консультации  Любая тематика, в том числе АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО, экономика, техника, менеджмент, биология…  Приглашаем авторов  <http://учебники.информ2000.рф/napisat-diplom.shtml>  УЧЕБНИКИ, ДИПЛОМЫ, ДИССЕРТАЦИИ –  На сайте электронной библиотеки  [www.учебники.информ2000.рф](http://www.учебники.информ2000.рф) |

|  |  |
| --- | --- |
| [**СТУДЕНЧЕСКИЕ и АСПИРАНТСКИЕ РАБОТЫ на ЗАКАЗ**](http://учебники.информ2000.рф/napisat-diplom.shtml) |  |

|  |  |
| --- | --- |
| [**КНИЖНЫЙ МАГАЗИН**](http://учебники.информ2000.рф/chitai.shtml) |  |

|  |  |
| --- | --- |
| [**ТОВАРЫ для ХУДОЖНИКОВ и ДИЗАЙНЕРОВ**](http://учебники.информ2000.рф/kar.shtml) |  |

|  |  |
| --- | --- |
| [**АУДИОЛЕКЦИИ**](http://учебники.информ2000.рф/lectr.shtml) |  |

|  |  |
| --- | --- |
| [**IT-специалисты: ПОВЫШЕНИЕ КВАЛИФИКАЦИИ**](http://учебники.информ2000.рф/otu.shtml) |  |

|  |  |
| --- | --- |
| [**ФИТНЕС на ДОМУ**](http://учебники.информ2000.рф/fit1.shtml) |  |