

Министерство образования и науки Российской Федерации
Ярославский государственный университет им. П. Г. Демидова
Юридический факультет

**Юридические записки
Ярославского государственного
университета
им. П. Г. Демидова**

Выпуск 16

Субъекты права: теория и практика

Ярославль 2012

УДК 34(06)
ББК Х.я43
Ю 70

Рекомендовано
Редакционно-издательским советом университета
в качестве научного издания. План 2012 года

Юридические записки Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. Вып. 16: Субъекты права: теория и практика / отв. ред. М. В. Лушникова ; Яросл. гос. ун-т им. П. Г. Демидова. – Ярославль : ЯрГУ, 2012. – 168 с.

«Юридические записки» продолжают традицию периодических изданий Ярославского Демидовского юридического лица. В сборнике опубликованы труды преподавателей юридического факультета.

Сборник предназначен для научных работников, юристов-практиков и студентов юридических факультетов

УДК 34(06)
ББК Х.я43

Редакционная коллегия:

М. В. Лушникова (отв. редактор)
В. В. Бутнев
В. Н. Карташов
Л. Л. Кругликов
А. М. Лушников
Н. Н. Тарусина

Содержание

<i>Карташов В. Н.</i> Субъекты права и юридические субъекты: новые подходы, идеи и направления исследования	5
<i>Бутнев В. В.</i> Суд как субъект современного российского права.....	19
<i>Вантеева Н. В.</i> Органы местного самоуправления как субъекты правотворчества.....	32
<i>Бахвалов С. В.</i> Народ как субъект законодательного процесса	44
<i>Мотовиловкер Е. Я.</i> Секундарное право как элемент специальной дееспособности лица (в развитие теории динамической правоспособности проф. Агаркова).....	52
<i>Тарусина Н. Н.</i> Ребенок как субъект семейного права.....	61
<i>Тарусина Н. Н., Исаева Е. А.</i> Женщина и мужчина как субъекты правоотношений с семейным элементом	71
<i>Лушников А. М.</i> Субъекты трудового правоотношения: проблемы теории.....	84
<i>Смирнов Д. А.</i> Субъекты трудового правоотношения: попытка формально-логического анализа понятийного аппарата.....	94
<i>Лушникова М. В.</i> Работодатель как субъект трудового права: обзор проблем теории и практики.....	103
<i>Исаева Е. А.</i> «Защищенная группа»: дифференцированный подход британского законодателя к выделению субъектов, подлежащих защите от дискриминации в трудовых отношениях.....	117

Барышникова Т. Ю., Кузнецов Ю. А. О некоторых особенностях субъектного состава социально-обеспечительных правоотношений.....	129
Кругликов Л. Л. О субъектах акта амнистии	138
Иванчин А. В. Признаки субъекта преступления в «водвороте» современной уголовной политики	149
Соловьев О. Г. О субъекте нецелевого расходования средств государственных внебюджетных фондов (ст. 285 ² УК РФ)	159
Сведения об авторах	221

Субъекты права и юридические субъекты: новые подходы, идеи и направления исследования

Традиционно в юридической литературе выделяются и рассматриваются субъекты права и субъекты правоотношений. При этом отдельные отечественные и зарубежные авторы (С. Ф. Кечекьян, Т. Н. Радько, В. В. Оксамытный, А. В. Поляков и др.) термины «субъекты права» и «субъекты правоотношения» употребляют в качестве синонимов. Подавляющее же большинство авторов вполне обосновано разграничивают указанные понятия.

Считается, что *субъекты права* – это конкретные индивиды, их коллективы и организации, которые могут быть (а могут и не быть) субъектами правоотношений. Например, каждый гражданин России, достигший 35 лет, может быть Президентом РФ и нести соответствующие субъективные права и обязанности. Однако не каждый российский гражданин после достижения соответствующего возраста становится главой государства.

К *субъектам же правоотношений* относятся конкретные индивиды, их коллективы и организации, которые уже являются носителями субъективных (персонально адресованных, индивидуально определенных и т. п.) прав и субъективных юридических обязанностей.

Необходимым условием вступления субъекта в правоотношение, по мнению многих авторов, является наличие у него определенного юридического свойства, которое в литературе принято называть «правосубъектностью». В самом общем плане – это обеспеченная мерами государственного и иного воздействия способность людей, их коллективов и организаций быть субъектами правоотношений, носителями субъективных прав и обязанностей. Обычно выделяют общую, отраслевую и специальную правосубъектности.

В науке существуют различные взгляды по поводу содержания данного понятия. Одни авторы (С. Н. Братусь, А. В. Венедиктов и др.) полагают, что понятие «правосубъектность» равнозначно понятию «правоспособность»¹; другие (например, Н. Н. Вопленко, Н. И. Матузов, А. В. Поляков) – включают в правосубъектность правоспособность и дееспособность²; третьи (С. С. Алексеев, В. К. Бабаев, Т. Н. Радько и др.) – в правосубъектности индивидов различают правоспособность, дееспособность и деликтоспособность³.

На наш взгляд, если рассматривать *логическую структуру* правосубъектности, то ей присущи все три указанных элемента; если же речь идет о *стохастической структуре* (соотношении постоянных, стационарных, и случайных, непостоянных, элементов), то в конкретной социально-правовой ситуации возможно их различное сочетание. Так, в одних случаях (принятие подарка малолетним) правосубъектность одной из сторон (малолетнего) состоит только из правоспособности, в других (в большинстве регулятивных правоотношений) – из правоспособности и дееспособности, в третьих (подавляющем большинстве охранительных правоотношений) – правосубъектность должна предполагать и правоспособность, и дееспособность, и деликтоспособность.

Но этими качествами, как мы увидим далее, сущность субъектов не ограничивается.

Достаточно сложным оказался для ученых-юристов вопрос о классификациях субъектов права и правоотношений. Одни авторы (О. С. Иоффе, И. Сабо и др.) всех субъектов подразделяют на индивидов (физических лиц) и организации; другие (В. К. Бабаев, В. М. Сырых и др.) – на индивидов (физических лиц), органи-

¹ См., например: Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. М., 1950.

² См.: Вопленко Н. Н. Очерки общей теории права. Волгоград, 2009. С. 598–601; Поляков А. В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход. СПб., 2003. С. 743–744.

³ См., например: Теория государства и права: учебник/ под ред. В. К. Бабаева. М., 2006. С. 450; Радько Т. Н., Теории государства и права: учебник. М., 2009. С. 469.

зации (государственные и негосударственные, хозяйствующие и т. п.) и социальные общности.

Таким образом, мы привели более или менее типичные подходы и взгляды, в пределах которых обычно изучаются субъекты права и правоотношений.

В связи с этим хотелось бы уточнить некоторые понятия, классификации и характеристики субъектов. Нам представляется очевидным тот факт, что, наряду с указанными понятиями («субъект права» и «субъект правоотношения»), нужно ввести новый термин «*юридический субъект*», который в определенных случаях будет более точно отражать «статус» отдельных субъектов и обуславливать соответствующие их классификации. Например, преступника нельзя назвать «субъектом права», поскольку последнее понятие подразумевает носителя права, т. е. правды и справедливости, равенства и гуманизма, свободы и ответственности, разумности и других подобных идей и идеалов. Одним словом, преступников и других субъектов правонарушительной деятельности грамотнее называть юридическими субъектами. И дело здесь не в игре слов, а в сущности конкретных явлений.

Кроме того, данный термин позволяет охватить всех субъектов юридической действительности, а именно: юридическую науку и практику, правосознание и подсознание (юридические интуиции и т. п.), правовое образование и воспитание, юридическую технологию и технику, тактику и стратегию, юридическую культуру и антикультуру, правомерное и противоправное поведение, конфликтную и ошибочную юридические деятельности, юридическую ответственность и правовую защиту (самозащиту), правовую аккумуляцию и юридическую экспансию, юридическую унификацию и конвергенцию, глобализацию и т. д.

Важными направлениями исследования остаются *типологии и классификации* юридических субъектов, в том числе субъектов права и правоотношений. Например, критериями (основаниями) классификации юридических субъектов могут быть национальные правовые системы, системы права и отдельные их элементы (институты, субинституты, отрасли, подотрасли, межотрас-

левые образования и т. д.), правовые семьи (рабовладельческая, социалистическая, романо-германская, мусульманская и пр.), юридические практики (правотворческая, правореализующая, координационная и др.), системы разделения властей (например, представительная, исполнительная и судебная, государственная и негосударственная, муниципальная и т. п.), типы (виды и подвиды) правоотношений (субъекты публичных и частных, регулятивных и охранительных, материальных и процессуальных, международных и иных отношений), уровни общности и социальной организованности сторон (например, индивидуальные, коллективные и пр. субъекты).

Индивидуальные субъекты в зависимости от их политико-юридической связи с конкретным государством подразделяются на граждан (подданных), иностранцев, апатридов (лиц без гражданства), бипатридов (лиц с двойным и более гражданством), беженцев, вынужденных переселенцев и др.

В качестве *коллективных субъектов* выступают социальные общности, движения и организации. Социальными общностями в литературе обычно называют народы, нации, население городов, поселков и других населенных пунктов, трудовые коллективы, население нескольких стран (например, России и Белоруссии), объединенных в определенный политико-правовой союз.

В качестве относительно самостоятельных субъектов нужно выделять иностранные организации (государственные и негосударственные, коммерческие и т. п.), а также международные организации (ООН, Европейский Суд по правам человека и т. п.).

Указанные и иные критерии и соответствующие классификации позволят не только создавать идеальные модели определенных типов юридических субъектов, раскрывать их специфику, но и будут носить практически-прикладной характер, обеспечивая «нужды» любой юридической деятельности. Например, известный французский юрист проф. Р. Леже отмечает, что значительное влияние на правовую жизнь Германии и Франции оказывают ученые-юристы, в то время как в Англии право совершенствуется судьями. И хотя роль юристов (ученых и практиков) в работе

разнообразных комиссий, занимающихся подготовкой юридических реформ, постоянно возрастает, «эта роль все же является довольно ограниченной, чтобы возводить доктрину в Англии до уровня правовых источников». В Германии же и Франции «постоянно ссылаются на теоретиков права во время судебных прений и даже в самих судебных решениях приводятся их цитаты. Доктрина если и не является правовым источником, то, по крайней мере, обладает огромным авторитетом»⁴. К сожалению, многие отечественные авторы о соответствующих положениях и тенденциях развития правовых систем не знают.

Или другой пример. Главными юридическими субъектами в традиционно религиозных правовых системах (мусульманской, индусской и пр.) признаются Бог (Аллах и т. п.) и его посланники (пророки) на Земле (Мухаммед и др.). Любопытно, что декларация прав человека 1789 г. (она, кстати, является составной частью Конституции Франции 1958 г.) включает Высшее Существо в позитивное французское светское право и тем самым в систему юридических субъектов.

Думается, что весьма поверхностно изучена проблема *соотношения (общие черты, различия, противоречия, взаимодействия и т. п.) «субъекта» и «объекта»* как парных категорий теоретической и практической юриспруденции. Диалектика здесь такова, что объект (предмет) всегда предполагает субъекта, и наоборот; как полагал Авенариус, без субъекта нет объекта.

Объекту в теоретическом и практическом познании и преобразовании отводится, как правило, исключительно пассивная роль, что представляется не совсем верным. Он также обладает активностью с целью сохранить себя как самостоятельное и независимое явление и во многом влияет на процесс познания и практического преобразования. Объект несет в себе все смысловые связи, тенденции развития, информационные и энергетические потенциалы, будущие трансформации и модернизации. Он опре-

⁴ См.: Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход: пер. с фр. М., 2010. С. 78 и след.

деляет в известной степени направление поисков юридического субъекта, его особенности и сам характер процесса познания.

Специфика того или иного объекта, цели его создания, место в системе правовых ценностей в значительной степени определяют и тип соответствующего юридического субъекта, и объем предоставляемых субъекту полномочий, и характер юридической технологии, и принимаемые субъектом решения, и формы соответствующих официальных документов (актов). Например, специфические признаки такого объекта юридической интерпретации, как Конституция РФ, предопределили необходимость создания специального субъекта и наделения его полномочиями официального толкования Основного закона. Таким субъектом согласно п. 5 ст. 125 Конституции РФ выступает Конституционный Суд РФ.

Мы уже в течение длительного времени пишем о том, что следует четко различать юридических субъектов и участников, поскольку у них разные, как правило, компетенции, цели и задачи, функции, социально-правовые роли и другие качества. *Субъекты* – это основные, ведущие носители, управляющие центры, без которых немислимо существование, например, какой-либо юридической практики, технологии, системы правоотношений, издания соответствующих правовых актов и т. д. (например, арбитражный суд в арбитражном судопроизводстве). От него непосредственно зависит разрешение юридического дела по существу. *Участники* – это отдельные лица, их коллективы и организации, которые действуют субъектам в выполнении тех или иных юридических действий, вынесении правовых решений, их оформлении и оглашении. Например, в уголовном судопроизводстве к ним относятся подозреваемые, обвиняемые, потерпевшие, их законные представители, свидетели, эксперты, переводчики, понятые и др.

Важную роль в любом юридическом процессе играет *административно-технический и обслуживающий персонал*, который имеет определенные права и обязанности, связанные с выполнением соответствующих задач и функций по юридическому, организационному, информационному, техническому,

хозяйственному и иному обеспечению деятельности субъектов и участников, трудовых коллективов и учреждений в целом.

Анализ теоретических и эмпирических источников привел нас к выводу о том, что юридических субъектов и участников (прежде всего, конечно, субъектов) следует рассматривать, по крайней мере, в трех аспектах: в организационно-управленческом, на уровне трудового коллектива и отдельных индивидов (можно изучать субъектов и участников и в рамках определенных социальных и профессиональных групп, подгрупп, фракций, более мелких или, наоборот, крупных социумов).

Данный подход позволяет глубоко и обстоятельно исследовать характер, качество и эффективность действий соответствующих структурных элементов (подразделений и т. п.), ресурсообеспеченность каждого из них, распределение задач, ролей, функций и юридической ответственности за принятые в пределах определенной процессуальной формы юридические решения и оформления актов-документов.

В организационно-управленческом плане субъекты представляют собой государственные, корпоративные и иные негосударственные органы (например, администрации органов местного самоуправления) с их внутренними подразделениями (например, отделами и управлениями образования, здравоохранения, культуры и др.) и связями, наделенные властными полномочиями по разрешению конкретных юридических дел.

Исследование юридического субъекта в виде специфической разновидности *трудового коллектива* позволяет выяснить определенные условия и предпосылки, способствующие интеграции субъектов, участников и вспомогательного персонала в единый действующий организм, обуславливающий его цельность, упорядоченность, согласованность и взаимодействие формальных и неформальных групп, лидеров и «аутсайдеров», организаторов и исполнителей, руководителей и подчиненных.

Этот аспект проблемы, к сожалению, слабо исследован учеными-юристами, психологами, социологами и представителями других наук. В настоящее время требуется, видимо, создавать

идеальные модели для отдельных коллективов, например правотворческих и правоприменительных органов, способных эффективно и качественно решать поставленные перед ними цели и задачи, разрабатывать механизмы внедрения данных моделей на нормативно-правовом (федеральном, региональном и пр.) и практически-прикладном уровнях.

Коллективистские отношения во всех организациях, реализующих определенные юридические услуги, должны строиться на началах нравственности, ответственности, открытости, контактности, организованности, эффективности, информированности, оперативности и др.⁵

Личностный подход предполагает дальнейшее изучение персонального состава соответствующих органов, который складывается из государственных и муниципальных, корпоративных и т. п. должностных лиц и иных служащих.

В нашу задачу не входит подробное исследование этого аспекта проблемы. Обратим внимание лишь на некоторые важные в этом плане положения. Во-первых, до сих пор еще «живуч» тезис, который весьма четко в начале прошлого столетия сформулировал Н. М. Коркунов. Он прямо указывал, что «бытие учреждения не завит от составляющих его личностей...»⁶. В этом сказывается консервативная традиция дореволюционного и советского государствоведения и правоведения, где основное внимание уделялось совершенствованию организационных структур, институциональному подходу. К сожалению, личностный аспект рассматриваемой нами проблемы проявляется робко, не

⁵ См., например: Психологическая теория коллектива. М., 1979; Аникеева Н. П. Психологический климат в коллективе. М., 1989; Донцов А. И. Психология коллектива. М., 1984; Немов Р. С. Психология: учебник: в 3 кн. М., 2004. Кн. 1; Карпов А. В. Психология групповых решений. М., 2000; Мамут Л. С. Правовое общение: очерк теории. М., 2011; Карташов В. Н. Техника, тактика и некоторые другие элементы правоприменительной технологии // Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества: сб. науч. тр. / отв. ред. В. Н. Карташов. Ярославль, 2012. Вып. 11.

⁶ Коркунов Н. М. Русское государственное право. Пг., 1914. С. 389.

стал еще относительно самостоятельным предметом современной юриспруденции⁷.

Во-вторых, персоналистический подход становится все более актуальным в философии, психологии (при изучении, например, проблем менеджмента и принятия решений), социологии и других науках. Отрадно, что он имел и имеет солидную философскую основу. Так, еще в начале прошлого века российский ученый-юрист проф. Г. К. Гинс писал: «Процесс общественной жизни состоит из постоянного сочетания индивидуальных исканий и усилий и коллективного испытания их, сопротивления им или поддержки»⁸. К одним из важных прирожденных психологических свойств человека он относил склонность следовать и подчиняться преобладающей в данный момент силе, признавать руководство лица, которое обнаруживает эту силу.

Другим противоположным свойством является «самообращенность». «Уважение к самому себе, самопочитание, самолюбие, гордость, честолюбие – все это различные наименования самообращенности. Себялюбие, эгоизм, тщеславие, высокомерие, смирение, мегаломания, надутость, напыщенность, напористость, властолюбие, агрессивность» и т. д., по мнению Мак. Дугалла и Г. К. Гинса, присуще людям, переоценивающим свои достоинства⁹. Причем все эти «различные свойства человеческой природы, – делает вывод Г. К. Гинс, – находят себе отражение во многих случаях. Оказывают они большое влияние и на правообразование»¹⁰ (мы бы добавили, и на все другие сферы юридической действительности).

⁷ Справедливости ради, отметим, что отдельные попытки персоналистического подхода проявляются при исследовании субъектов права и правоотношений, юридической культуры и антикультуры, юридических установок и некоторых др. проблем. См., например: Архипов С. И. Субъекты права. СПб., 2004; Соколов Н. Я. Профессиональная культура юристов (по итогам социологического исследования). М., 2007.

⁸ Гинс Г. К. Право и культура / науч. ред. В. М. Баранов. М., 2012. С. 99.

⁹ Там же. С. 99.

¹⁰ Там же. С. 99.

Современные философы также пишут, что «субъектом является, прежде всего, индивид. Именно он наделен сознанием, ощущениями, восприятиями, эмоциями, способностью оперировать образами, самыми общими абстракциями; он действует в процессе практики как реальная материальная сила, изменяющая материальные системы»¹¹.

А. Г. Спиркин полагает, что подлинный субъект – это «живая личность с ее страстями, интересами, чертами характера, темперамента, ума или глупости, таланта или бездарности, сильной воли или безволия»¹².

Естественно, что эти положения непосредственно относятся к любым юридическим субъектам – индивидам, персональному субстрату социальных групп, коллективов и организаций. Поэтому вызывает недоумение позиция некоторых авторов, которые не включают субъектов в юридические техники и технологии, иные правовые системы и подсистемы. Например, О. Д. Третьякова пишет, что «субъекты, т. е. участники юридической конвергенции, безусловно, не являются элементами механизма юридической конвергенции...»¹³.

Авторы забывают в данном случае простые философские постулаты. Так, в самом общем плане понятие «субъект» в современной отечественной философии определяется в качестве источника целенаправленной активности, носителя предметно-практической деятельности, оценки, познания, преобразования и т. д.¹⁴. Преобразование природной и социальной реальности, по мнению многих философов, осуществляет практически действующий человек, являющийся носителем соответствующих идей и идеалов преобразования¹⁵.

¹¹ Алексеев П. В., Панин А. В. Философия: учебник. М., 2010. С. 242.

¹² Спиркин А. Г. Философия: учебник. М., 2009. С. 411.

¹³ Третьякова О. Д. Юридическая конвергенция: теория, технология, практика. М., 2011. С. 77.

¹⁴ См., например: Алексеев П. В., Панин А. В. Указ. соч. М., 2010. С. 550.

¹⁵ См., например: Вильчинский В. Я. Познание и практика в структуре деятельности. Рига, 1988. С. 188 и след.; Кармин А. С., Бернацкий Г. Г. Философия: учебник. СПб, 2010. С. 143–159.

Г. Гегель также указывал, что «закон не действует, человек действует...»¹⁶.

Отдельные авторы, к сожалению, настолько абсолютизируют юридические и некоторые иные качества субъекта, что придают ему самодовлеющее значение. Так, С. И. Архипов пишет: «Для права не имеют значения физические свойства человека или организационный, имущественный, людской субстрат юридического лица, а важны лишь их правовые свойства, качества, собственно и определяющие их как субъектов права»¹⁷. По сути дела, автор игнорирует реального человека.

Вместе с тем субъект права рассматривается им как многоаспектное явление: а) «как *лицо – юридическая внешность*» (здесь, по мнению автора, имеют важное значение такие свойства, как возможность обособления субъекта права от других лиц, возможность идентификации, его опознаваемости, волеуспеваемости, способность быть участником правовых отношений и иных правовых связей и т. п.); б) «как *правовая воля*» (это главное свойство, характеризующее субъекта права; «в волевом аспекте находит выражение деятельная, рациональная свобода, способность лица творить, созидать право и все правовое», и, по видимому, неправовое, т. е. преступления и иные противоправные деятельности); в) «как *совокупность правовых отношений, правовых связей*» («он – центр правовой сферы»); г) «как *правовое сознание*» (правосознание субъекта рассматривается автором как «рациональный элемент его воли, как ее интеллектуальная сторона»; неясно, куда исчезают из правосознания эмоции, чувства, настроения и другие иррационально-психологические его элементы. – В. К.); д) «как *правовой деятель*» («это созидание своей воли, сознанием права и всей правовой сферы»); е) «как *социально-правовая ценность*» («именно субъект права- это точка отсчета в системе ценностных правовых координат»).

В монографии С. И. Архипов выделяет и иные аспекты понимания субъекта права: в качестве «правовой личности (право-

¹⁶ Гегель Г. Соч. М., 1934. Т. 7. С. 169.

¹⁷ Архипов С.И. Указ. соч. С. 120.

субъектности)», «стороны и участника правового процесса», «субъекта правонарушения («антиправовой деятель»)), «носителя правовой культуры» и т. д.¹⁸.

Автор правильно полагает, что субъект может прирастать новыми свойствами и качествами, поэтому у исследователей появляется возможность выделения новых аспектов его понимания. Но зачем здесь же делать весьма туманные и трудно интерпретируемые выводы о том, например, что, во-первых, «правовая личность не может быть сведена ни к одному из них (свойствам, качествам и т. п. – *В. К.*), ни ко всем вместе, т. к. она сохраняет за собой возможность постоянно расширять границы своей правовой жизнедеятельности, постоянно меняться, преобразовываться»; во-вторых, сущность субъекта права, по мнению автора, заключается в том, что данный субъект «есть творец права, его создатель и правовой абсолют; в нем – источник права и его цель»; «право принадлежит субъекту, оно – его собственность»¹⁹.

При анализе сущности и роли юридических субъектов (да и участников) необходимо учитывать следующие их качества (свойства, признаки, черты, состояния), каждое из которых можно подразделить на более мелкие «элементы» и стать предметом относительно самостоятельного и глубокого научного исследования²⁰:

а) психофизиологические и нейропсихические – физические и психические состояния здоровья, в т. ч. интеллектуальные, эмоциональные, рациональные и иррациональные, волевые и пр. свойства лиц;

б) демографические – возраст, пол, родство, семейное положение и пр.;

в) социальные – социальное происхождение и соответствующий современный статус, национальность, образование, выполняемые роли и др.;

¹⁸ См.: Архипов С. И. Указ. соч. С. 5–119.

¹⁹ Там же. С. 123.

²⁰ Многие из этих свойств (принципов, требований, правил и т. п.) юридических субъектов закреплены, например, в актах, изложенных в уже упомянутой статье В. Н. Карташова.

г) нравственные – чувство долга, гуманизма, справедливости, дисциплинированности, ответственности, совестливости и пр.;

д) политические – идеи и идеалы, установки и нормы, участие в политических партиях, общественных и др. объединениях;

е) религиозные – свободу совести и вероисповедания, членство в соответствующих организациях, сектах, веротерпимость, религиозный либерализм и экстремизм;

ж) государственно-правовые – наличие в прошлом судимости, специальных юридических знаний (умений, навыков, мастерства и т. п.), опыта работы в соответствующих органах (государственных, корпоративных и т. п.), например, в качестве члена избирательной комиссии федерального, регионального или местного уровня.

Перечень указанных свойств, естественно, можно существенно расширить и научно обосновать.

Мы уже неоднократно писали, что лица, осуществляющие ту или иную профессиональную юридическую деятельность, должны иметь определенную подготовку в конкретной области экономики, экологии, административного строительства и т. п., знать современные методы управления, хозяйствования, особенности региона, в котором они трудятся, исторические и национальные традиции и обычаи, уметь аккумулировать и выражать общественное мнение, накопленный социальный и юридический опыт, проявлять в зависимости от характера юридического спора либо конфликта толерантность или, наоборот, быть в рамках права и своих полномочий достаточно твердыми и непреклонными в вынесении правовых решений (актов) и их исполнении.

Особого внимания заслуживает правовой профессионализм субъектов и психологическая подготовка сотрудников юрисдикционных и иных органов, которые работают с конкретными людьми и должны не только обладать соответствующими способностями, юридическими знаниями, умениями, навыками, мастерством и т. п. в сферах, например, правотворческой или правоприменительной технологии и практики, но и прекрасно ориентироваться в психологическом механизме

юридического (правомерного либо противоправного) поведения личности²¹.

Главная цель подавляющего большинства юридических субъектов заключается в принятии качественных и эффективных правовых решений (актов), направленных на обеспечение и надежную защиту прав и законных интересов людей, их коллективов и организаций, удовлетворение личных и общественных потребностей, оказание в рамках права разнообразных социальных и др. услуг.

Указанные и иные аспекты понятия и классификации юридических субъектов в той или иной степени мы рассматриваем с 70-х годов прошлого века и по настоящее время. Поэтому нам, с одной стороны, импонируют успешные попытки отдельных авторов подойти к проблеме нетрадиционно, достаточно глубоко и широко, но, с другой – некоторые положения, да и постановка вопросов, вызывают чувство досады (то ли в силу того, что слишком заметно манерничанье, гегельянство в наиболее худших его вариантах, то ли потому, что не всегда ясно, где речь идет о научно-обоснованных выводах, а где – о наукообразном «пижонстве»).

Хотелось бы отметить, что мы лишь в самом общем плане рассмотрели отдельные аспекты сложнейшей проблемы, не пытаясь исследовать ее глубоко и обстоятельно. Такую задачу, по крайней мере, в этой статье мы перед собой и не ставили. Ее решение – плод объединенных усилий многих юристов (ученых и практиков).

²¹ Подробнее см., например: Психологический механизм юридического поведения личности / науч. ред. В. Н. Карташов. Ярославль, 2011.

Суд как субъект современного российского права

Судебная власть является необходимым элементом государственного механизма в любом обществе. Это хорошо понимали все ученые-правоведы независимо от эпохи, в которой они жили, и страны, к гражданам которой принадлежали. Русский дореволюционный ученый И. Е. Энгельман писал: «При недостаточно развитом гражданском праве или превратностях отдельных его правил частное лицо еще может отвратить вредные для себя последствия внесением в договоры и условия подробных правил на всякие случайности, но действие неправильных и нелогичных постановлений процесса уже невозможно отвратить. Они наносят, притом неизбежно, вред всему гражданскому строю, ослабляя в народе чувство правды и справедливости, подкапывая правовой строй в самом его корне. Вредное влияние плохого гражданского права во многих случаях может быть устранимо правым и скорым судом, но самый лучший гражданский кодекс остается мертвою буквою при неправильном и медленном процессе»¹.

«Существование судов, – считал Е. В. Васьковский, – вызвано необходимостью конкретизировать абстрактные нормы права для применения к частным случаям. Суды являются таким образом посредниками между законом и жизнью, посредниками, необходимыми потому, что законы не могут применять себя сами. Устами судей гласит закон... Этим обуславливается неизмеримо великое значение хорошего суда для нормального развития государства. Он является опорой правового порядка; он приводит законы в жизнь; он восстанавливает нарушенные права и карает нарушителей; благодаря ему граждане могут спокойно пользоваться своим имуществом и плодами своих трудов»².

¹ Энгельман И. Е. Учебник русского гражданского судопроизводства. Юрьев, 1904. С. 30.

² Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса. М., 1914. С. 22.

«Без преувеличения можно сказать, – продолжает Е. В. Васильковский, – что хороший суд – основа государственного строя (*justitia fundamentum regnorum*). **Ясное сознание этой истины побудило Юма заметить относительно своего отечества, что «вся политическая система и каждый из ее органов – армия, флот, обе палаты – все это только средства к достижению одной-единственной цели – охранению свободы двенадцати верховных судей Англии»³.**

Разумеется, роль и значение суда в общественной жизни значительно различаются в зависимости от исторической эпохи, типа и формы государства, государственного и правового режима, степени демократизации общества, исторических особенностей и даже традиций государства, в рамках которого функционирует судебная власть.

Статья 1 Конституции РФ провозглашает Россию демократическим федеративным правовым государством с республиканской формой правления. Одним из неотъемлемых признаков правового государства является возможность гражданина прибегнуть к помощи суда в случае нарушения его субъективных прав или законных интересов.

В правовом государстве, в отличие от политического, изменяется роль и предназначение суда в общественной жизни. Суд перестает быть проводником воли экономически и политически господствующего класса и становится посредником в разрешении конфликтов между гражданами и другими субъектами общественных отношений, между гражданами и государством.

Субъекты права – это лица, на которые распространяется действие правовых норм, потенциальные субъекты правовых отношений той или иной отраслевой принадлежности. Нормы практически любого отраслевого законодательства упоминают суд в качестве субъекта правоотношений, возникающих в сфере правового регулирования данной отрасли. О судебной защите субъективных прав и интересов говорят ст. 11, 12 ГК РФ, ст. 382, 391 ТК РФ, ст. 8 СК РФ, ст. 11 ЖК РФ, соответствующие статьи земельного, градостроительного, природоохранного законода-

³ Васильковский Е. В. Учебник гражданского процесса. С. 23.

тельства и др. Значит ли это, что суд должен рассматриваться в качестве субъекта всех отраслей российского права? Такой вывод был бы в корне неверным.

Суд – прежде всего субъект гражданского права. Глава 7 Конституции РФ закрепляет основы судебной власти в РФ: формы правосудия, основы правового статуса судей, принципы правосудия, компетенцию Конституционного Суда РФ, Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ. Ст. 46 Конституции РФ провозглашает право на судебную защиту в системе важнейших конституционных прав и свобод человека и гражданина. Более детальная регламентация организации судебной власти дается в специальных федеральных конституционных и федеральных законах РФ о судоустройстве, таких как ФКЗ «О судебной системе РФ» 1996 г., ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» 1994 г., ФКЗ «О судах общей юрисдикции в РФ» 2011 г., ФКЗ «Об арбитражных судах в РФ» 1995 г., ФЗ «О мировых судьях в РФ» 1998 г и др.

Кроме того, суд является субъектом отраслей процессуального права. Вопрос о понятии юридического процесса, процессуального права, количестве процессуальных отраслей в правовой системе России является дискуссионным. С моей точки зрения, современной правовой науке не удалось выработать общеправового понятия юридического процесса, процессуального права. Для обозначения всего массива норм, носящих служебный, дополнительный характер, призванных содействовать реализации основных для любой отрасли права норм, целесообразно использовать термин «организационные нормы».

Организационные нормы чрезвычайно разнообразны. Они регламентируют порядок реализации как регулятивных (например, порядок заключения договора, созыва собрания акционеров), так и охранительных (порядок самозащиты, добровольной реализации ответственности правонарушителем, исполнения судебного решения) норм. В материальных отраслях законодательства организационные нормы могут быть неразрывно связаны с «организационными» или выделяться в виде обособленных, обладающих определенным единством комплексов. Таковы нормы, определяющие организацию и деятельность руководящих органов юриди-

ческих лиц, различных комиссий (по трудовым спорам, коллегии судей, квалификационных и аттестационных комиссий, комиссий по помилованию, комиссий по соблюдению требований к служебному поведению государственных гражданских служащих и т. п.) Какого-либо критерия для объединения всех этих процессуальных форм в рамках единого понятия не усматривается. Термины «организационные нормы», «организационные правоотношения» носят более широкий и менее обязывающий характер, чем «юридический процесс». Они подчеркивают принципиальное различие между организуемыми и организационными нормами и отношениями, не беря на себя обязательство по созданию конструкции какого-либо «организационного права»⁴.

Судопроизводство занимает важное место в системе организационных, процедурных норм. Оно относится к охранительному блоку механизма правового регулирования, входит в систему охранительно-правовых форм защиты субъективных прав и законных интересов граждан, организаций и государства, под которыми я понимаю комплекс внутренне согласованных организационных мероприятий по защите субъективных прав, протекающих в рамках единого правового режима⁵. Все формы защиты делятся на локальные (неюрисдикционные) и юрисдикционные. К первым относятся самозащита (применение к нарушителю оперативных санкций, например удержание вещи)⁶, доброволь-

⁴ Подробнее см.: Бутнев В. В. Организационные правоотношения и гражданский процесс // Юридические записки Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. Вып. 14: Актуальные проблемы юридического процесса. Ярославль, 2010. С. 45–71.

⁵ См.: Бутнев В. В. Понятие механизма защиты субъективных гражданских прав // Механизм защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 1990. С. 16.

⁶ Следует согласиться с А. П. Сергеевым, что самозащита неправомерно отнесена ст. 12 ГК РФ к способам защиты гражданских прав. «... Здесь смешаны близкие, но отнюдь не совпадающие понятия – способ и форма защиты гражданских прав. Самозащита гражданских прав с позиции теории – это форма их защиты, допускаемая тогда, когда потерпевший располагает возможностью правомерного воздействия на нарушителя, не прибегая к помощи судебных или иных правоохранительных органов. В рамках этой формы защиты обладатель нарушенного или оспариваемого права может использовать различные спосо-

ное возмещение вреда правонарушителем, совместное урегулирование разногласий сторонами спора, ко вторым – защита права юрисдикционным органом, стоящим над сторонами.

Защита субъективных прав и интересов осуществляется в рамках материальных охранительных правоотношений. То обстоятельство, что судопроизводство – важнейшая юрисдикционная форма защиты субъективных прав и интересов, не означает, что суд является субъектом охранительных правоотношений. Суд – субъект процессуальных правоотношений как разновидности организационных правоотношений. Эти правоотношения имеют своей целью упорядочение, нормализацию процессов в «организуемых» материальных правоотношениях. Материальные правоотношения – предмет судебной деятельности. Гражданско-правовые охранительные отношения могут быть реализованы действиями самих субъектов этих отношений без участия суда. Когда такой реализации не происходит, возникает спор, конфликт. Разрешая его, суд принудительно осуществляет охранительные правоотношения и тем самым защищает регулятивные правоотношения или законные интересы потерпевшего. Меры защиты под воздействием судебной деятельности реализуются в рамках охранительных правоотношений между сторонами юридического дела. При этом суд не становится их субъектом. Его задача состоит в том, чтобы исследовать предпосылки материальных правоотношений, их субъектный состав и содержание, конкретизировать право потерпевшего на защиту и корреспондирующую ему обязанность нарушителя права и обеспечить их реализацию⁷. Многие статьи материального законодательства

бы самозащиты» (Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева. М., 2008. С. 544. Автор главы – А. П. Сергеев).

⁷ Ранее в своих работах я неоднократно обращался к критике того взгляда, что суд является обязательным субъектом любого охранительного правоотношения или может быть субъектом такого правоотношения при определенных условиях.

Кроме работ, на которые я ссылаюсь в данной статье, см. также: Бутнев В. В. Реализация юридической ответственности в гражданском процессе. Ярославль, 1985. С. 27–40; Его же. Понятие предмета процессуальной деятельности в суде и арбитраже. Ярославль, 1985; Его же. Механизм судебной защиты субъективных прав и охраняемых законом

закрепляют процессуальные нормы. Упоминая суд в качестве органа, уполномоченного на разрешение гражданского дела, они предусматривают правила подведомственности и подсудности, указывают на то, в каких случаях суд может стать субъектом процессуальных, но не материальных правоотношений.

Судопроизводство отличается от других форм защиты субъективных прав и интересов тем, что одновременно является формой защиты и формой правосудия. Суд создан единственно для отправления правосудия, в то время как для большинства несудебных органов защита прав является лишь частью их административной или общественной деятельности. Правосудие – это осуществляемая от имени государства государственно-властная деятельность, опирающаяся непосредственно на государственное принуждение. Ни один другой юрисдикционный орган не действует от имени всего государства. Для принудительной реализации решения третейского суда (в случае, если должник не исполняет его добровольно) взыскатель вынужден обращаться в государственный суд (общий или арбитражный) с заявлением о выдаче исполнительного листа. Правосудие – правоприменительная деятельность. Суд решает правовые вопросы, руководствуясь законом, а не соображениями целесообразности. Этим признаком судебная деятельность отличается не только от деятельности управленческих органов, но и от законодательной деятельности, а также деятельности пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ по толкованию закона в своих постановлениях. Правосудие осуществляется в особой процессуальной форме, которая характеризуется детальной регламентацией процедуры рассмотрения дела, создающей максимальные гарантии установления истины, возможностью личного активного участия заинтересованных лиц в судебном процессе, возможностью устранения судебных ошибок в вышестоящих инстанциях. Все эти достоинства судебной формы защиты позво-

интересов // Юридические записки Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. Ярославль, 2000. Вып. 4; Его же. Роль суда в механизме защиты субъективных гражданских прав и законных интересов // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 2009. Вып. 10–11.

ляют использовать ее для контроля за другими (несудебными) формами защиты субъективных прав и интересов⁸.

Эти признаки правосудия, сформулированные классиками советской процессуальной науки, сохраняют свое значение и в наши дни. Вместе с тем в связи с провозглашенной Конституцией РФ целью построения правового государства понятие правосудия наполняется новым содержанием⁹.

Прежде всего, разделение властей значительно увеличивает роль суда в управлении обществом. Последние десятилетия характеризуются беспрецедентным расширением судебного контроля за деятельностью исполнительной власти. Современное процессуальное законодательство наделяет граждан правом оспаривать в суде практически любое действие (бездействие) государственного органа или должностного лица. Судебный контроль распространен и на акты законодательной власти. Специально для контроля за соответствием законодательства Конституции РФ создан Конституционный Суд РФ. В общих и арбитражных судах оспариваются нормативные акты, нарушающие права и интересы граждан. При рассмотрении конкретного дела суд оценивает закон с точки зрения его юридической силы. В случае противоречия между нормативными актами суд применяет закон большей юридической силы.

Правосудие никогда не было простым придатком законодательной власти. Отправление правосудия – не бездумная констатация воли законодателя, подбор нужной нормы закона к конкретной жизненной ситуации. Суд обладает широкими возможностями по восполнению пробелов в законе, конкретизации правовых норм и правоотношений, выступающих предметом судебной деятельности. В последние годы роль судебного усмотрения в применении закона особенно возросла¹⁰.

⁸ См.: Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Т. 1. С. 11–14; Чечот Д. М. Субъективное право и форма его защиты. М., 1968. С. 67–69.

⁹ Подробнее см., напр.: Борисова Е.А. Проверка судебных актов по гражданским делам. М., 2005. С. 6–42; Жилин Г. А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. М., 2010; Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право. М., 2011.

¹⁰ Подробнее см., напр.: Тарусина Н. Н. О судебном усмотрении: заметки семейноведа. Ярославль, 2011.

В советской правовой науке отрицался судебный прецедент как источник права, чуждый принятой у нас романо-германской системе права. В последние годы явственно выявляется другая тенденция. Судебный прецедент занимает все более почетное место в системе источников права¹¹. Он получил закрепление в процессуальном законодательстве (п. 5 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ).

Нередко судебная практика игнорирует мнение законодателя. Автор этих строк столкнулся со случаями, когда суды отказываются применять нормы об истечении срока исковой давности, считая, что защита прав потерпевшего имеет приоритетное значение по сравнению с защитой интересов правонарушителя, обеспечиваемых институтом исковой давности.

Иногда суды «подправляют» законодателя при преодолении противоречий между отдельными законодательными актами. В судебной практике возник вопрос о допустимости включения в договоры присоединения (о выдаче потребительских кредитов, договоры банковского вклада и т. п.) условия о подсудности возможного спора.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ рассмотрела в порядке надзора дело по иску ООО «Региональная общественная организация потребителей «Право» в интересах Понедельникова В. В. к ЗАО «Тусарбанк» о признании недействительным условия договора банковского вклада. Между истцом и ответчиком был заключен договор банковского вклада, в котором было включено условие о разрешении всех споров в суде по месту нахождения банка. Судебная коллегия, сославшись на ч. 7 ст. 29 ГПК РФ (альтернативная подсудность) и п. 2 ст. 17 Закона РФ «О защите прав потребителя» указала, что иски о защите прав потребителя могут быть предъявлены в суд по месту нахождения организации, месту жительства истца, месту заключения или месту исполнения договора. Включение банком в договор присоединения, в том числе в договор срочного банковского вклада, положения о подсудности спора конкретному суду (в частности, по месту нахождения банка) ущемляет установленные законом права потребителя. На этом основании состоявшиеся по

¹¹ См., напр.: Жилин Г. А. Указ. соч. С. 250–260; Марченко М. Н. Указ. соч. С. 84–142 и др.

делу судебные постановления были отменены и дело направлено на новое рассмотрение в суд первой инстанции¹².

Может быть, такое решение вопроса справедливо, но оно противоречит действующему законодательству. В соответствии со ст. 32 ГПК РФ стороны могут по соглашению между собой изменить территориальную (в том числе, и альтернативную) подсудность дела. Не может быть изменена соглашением сторон родовая и исключительная подсудность дела. В соответствии со ст. 4 ФЗ «О введении в действие ГПК РФ» нормативные акты, связанные с ГПК РФ, подлежат приведению в соответствие с ГПК РФ. Впредь до приведения в соответствие с ГПК РФ указанные нормативные акты применяются в части, не противоречащей ГПК РФ. Таким образом, противоречие между ГПК РФ и Законом «О защите прав потребителя» должно разрешаться в пользу ГПК РФ. Верховный Суд РФ, не дожидаясь изменения законодательства, «подправил» норму ст. 32 ГПК РФ о договорной подсудности, расширив ограничения по ее применению.

Взросшая роль суда в обществе предъявляет новые требования к организации судебной власти. Судебная реформа в России осуществляется на основании Концепции судебной реформы, одобренной Постановлением Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 г.¹³. Многие положения Концепции воплотились в законодательстве, некоторые из предложений авторов Концепции были отвергнуты законодателем. В рамках данной статьи остановимся на проблеме судебной системы современной России.

Авторы Концепции судебной реформы считали важнейшим ее результатом отказ от единства судебной системы Российской Федерации. «Взамен единой унитарной системы юстиции возникнут две судебные системы: федеральная и республиканская, что присуще подлинно федеративному государству»¹⁴. Таким образом, вместо единства судебной системы предлагалось ввести ее дуализм. Правда, авторы Концепции полагали, что федеральная и республиканская судебные системы как ветви единой судеб-

¹² См.: Определение Верховного Суда РФ от 10.05.2011 № 5–В11–46 // Система КонсультантПлюс. Решения высших судов.

¹³ См.: Концепция судебной реформы в РФ. М., 1992.

¹⁴ См.: Там же. С. 48.

ной власти должны быть замкнуты на Верховный Суд РФ¹⁵. В противоположность этому мнению, ФКЗ «О судебной системе РФ» закрепил принцип единства судебной системы, которое обеспечивается путем: установления судебной системы РФ Конституцией РФ и настоящим Федеральным Конституционным законом; соблюдения всеми федеральными судами и мировыми судьями установленных федеральным законом правил судопроизводства; единообразного применения всеми судами законодательства; признания обязательности исполнения на всей территории РФ судебных постановлений, вступивших с законную силу; законодательного закрепления единства статуса судей; финансирования федеральных судов и мировых судей из федерального бюджета (ст. 3 ФКЗ «О судебной системе РФ»).

В действительности, о единстве судебной системы в России можно говорить с большой натяжкой. У нас в стране функционируют Конституционный Суд РФ, Конституционные (уставные) суды субъектов федерации, четырехзвенная система судов общей юрисдикции с встроенной в нее системой военных судов, система арбитражных судов. Между ветвями судебной власти существуют многочисленные противоречия в трактовке как материального, так и процессуального законодательства. Конституционный Суд РФ оппозиционирует себя как конечную инстанцию в решении правового конфликта. Его постановления зачастую дают весьма спорную трактовку законодательства, критикуются учеными-юристами и, тем не менее, носят окончательный характер, исключают возможность их пересмотра каким-либо органом. Иногда Конституционный Суд возвращается к какому-либо вопросу, уже рассмотренному им, и дает ответ на него, прямо противоположный высказанному ранее мнению, т. е. признавая, что его прежнее решение было ошибочным. Таковы, например, постановления Конституционного Суда РФ относительно применимости смертной казни в современной России, о возможности апелляционного обжалования определения суда о пересмотре дела по вновь открывшимся обстоятельствам и др. Это приводит к тому, что мнение Конституционного Суда часто игнорируется законодателем. Зако-

¹⁵ См.: Концепция судебной реформы в РФ. С. 49.

нодатель не спешит вносить в закон изменения, которых требует от него Конституционный Суд, а иногда принимает новые законодательные акты, содержащие новеллы, противоречащие установкам Конституционного Суда. Так, по мнению последнего, в ряде случаев суд апелляционной инстанции должен не разрешать дело по существу, а направлять его на новое рассмотрение в суд первой инстанции (при необходимости привлечения в процесс новых лиц, участвующих в деле, при нарушении правил подсудности)¹⁶. В новой редакции ст. 328 ГПК РФ (ФЗ от 9 декабря 2010 г., № 353–ФЗ) законодатель сознательно «забыл» учесть пожелания Конституционного Суда РФ, не наделив апелляционную инстанцию полномочиями направлять дело на новой рассмотрение.

Много противоречий между судами общей юрисдикции и арбитражными судами в трактовке как материального законодательства, так и правил подведомственности. Четко прослеживается тенденция Высшего Арбитражного Суда включить в свою юрисдикцию как можно более широкий круг дел и присвоить себе роль главного толкователя гражданского законодательства.

Новых противоречий добавит планирующееся создание административных судов для разрешения конфликтов между гражданами и властью в публично-правовой сфере. Законопроект Кодекса административного судопроизводства РФ с пояснительной запиской его разработчиков был опубликован еще в 2004 году¹⁷. Предполагалось создание специализированных административных судов, входящих в систему судов общей юрисдикции. В настоящее время появились предложения о развитии административного судопроизводства «с консолидацией базовой подсудности по административным делам в арбитражных судах»¹⁸. Вряд ли такое предложение заслуживает поддержки. Арбитражные суды как

¹⁶ См.: Постановление Конституционного суда РФ от 21 апреля 2010 г. № 10–П.

¹⁷ См.: Российская юстиция. 2004. № 3.

Мое мнение по поводу этого законопроекта см.: Бутнев В. В. Некоторые замечания к законопроекту Кодекса административного судопроизводства РФ // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 2005. Вып. 6. С. 42–46.

¹⁸ Панова И. В. Судопроизводство в контексте российской правовой культуры // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2012. № 1. С. 77.

правопреемники органов государственного арбитража (которые рассматривались большинством ученых в качестве административных, квази-судебных органов управления социалистическим сектором экономики) предназначены для разрешения предпринимательских споров в сфере действия частного права, а не для разрешения публично-правовых конфликтов граждан с органами государственной власти. Более логичным выглядит создание самостоятельной системы административной юстиции, независимой как от общих, так и арбитражных судов. Это позволит максимально учесть специфику публично-правовых конфликтов и освободить административную юстицию от многих накопившихся десятилетиями недостатков существующей судебной системы.

Что касается арбитражных судов, то не следует забывать, что при всем положительном, что произошло в их организации и деятельности за два предыдущих десятилетия, они – все же временное явление. Государственные арбитражи не могли быть просто ликвидированы в начале 90-х годов прошлого века с передачей их полномочий судам общей юрисдикции. Это парализовало бы деятельность общих судов. В исторической же перспективе арбитражные суды должны быть поглощены системой судов общей юрисдикции. Только такое решение вопроса позволит добиться единообразного применения гражданского законодательства.

Учитывая, что уголовное и гражданское судопроизводства – разные формы правосудия (ст. 118 Конституции РФ), имеющие существенные различия в принципах организации и деятельности суда при рассмотрении уголовных и гражданских дел, может быть, правомерно поставить вопрос о разделении системы судов общей юрисдикции на уголовные и гражданские суды под эгидой Верховного Суда РФ.

Еще в 1996 году И. В. Решетниковой и В. В. Ярковым было предложено радикальное средство обеспечения единства судебной системы: создание единого Высшего Суда РФ, объединяющего Конституционный, Верховный, Высший Арбитражный суды РФ. «Это позволило бы принимать руководящие постановления, обязательные для всех видов и звеньев судебной системы,

а также разрешать споры между судами, обеспечивать единство судебной практики»¹⁹.

Такое радикальное решение вопроса, конечно, невозможно по целому ряду причин. Формальное и не самое главное препятствие – необходимость изменения Конституции РФ. К этому нам не привыкать. Гораздо важнее политические соображения. Реализация этого предложения коренным образом понизит статус Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ. Высший суд приобретет доселе невиданную власть и значение. Возможно нарушение шаткого баланса как между ветвями государственной власти, так и между ветвями судебной власти.

Такой суд должен пользоваться безусловным доверием населения и должностных лиц всех уровней. Следовательно, он должен состоять из лучших, наиболее квалифицированных юристов страны с безупречной репутацией, не имеющих политических предпочтений и не замешанных в каких-либо межпартийных, корпоративных, внутрисистемных конфликтах. Какой механизм подбора и отбора судей для этого суда должен быть? Словом, вопросов больше, чем ответов.

¹⁹ Бернэм У., Решетникова И. В., Ярков В. В. Судебная реформа: проблемы гражданской юрисдикции. Екатеринбург, 1996. С. 24–25. (авторы главы – И. В. Решетникова и В. В. Ярков).

Органы местного самоуправления как субъекты правотворчества

Реорганизация отечественной правовой системы в 90-е гг. XX в. породила ряд новых юридических явлений, в числе которых муниципальное правотворчество. Его субъектами являются органы и должностные лица местного самоуправления, а также население муниципального образования (см. ч. 1 ст. 7 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹ (далее – ФЗ № 131)).

Количество случаев принятия муниципальных правовых актов непосредственно жителями муниципальных образований России незначительно². Подавляющее большинство нормативных правовых актов по вопросам местного значения издается органами и должностными лицами муниципальной власти, которые вправе принимать правовые акты также в рамках отдельных переданных им государственных полномочий. При их характеристике как основных субъектов муниципального правотворчества возникает ряд вопросов.

1. Прежде всего требует пояснения природа правотворческих полномочий органов местного самоуправления. Единого подхода к ее пониманию до сих пор в отечественной науке не сложилось. Одни авторы, подчеркивая производность от государства соответствующих полномочий, ведут речь о *санкционировании* государством права органов местного самоуправления создавать правовые нормы³. Правотворчество органов местного самоуправления по вопросам местного значения носит предва-

¹ СПС КонсультантПлюс.

² См., например: устав Тутаевского муниципального района Ярославской области. Принят референдумом жителей Тутаевского муниципального округа 26 декабря 1995 года // СПС КонсультантПлюс.

³ См.: Шугрина Е. С. Муниципальное право: учебник. М., 2004. С. 75.

рительно санкционированный характер. Самостоятельной разновидностью санкционирования правотворческой деятельности является утверждение разработанных органами самоуправления нормативных правовых актов.

Другие исследователи в данной связи отмечают, что имеют дело с *делегированным правотворчеством*⁴. По их мнению, государственная власть передала органам местного самоуправления часть своих полномочий, предусмотрев в законе право издавать муниципальные правовые акты.

Подобные трактовки, на наш взгляд, уходят корнями в советское правоведение, которое исходило из того, что исключительным правом создания нормативно-правовых предписаний обладает государство, компетентное наделить нормотворческими полномочиями ту или иную организацию. Сегодня ученые констатируют, что правотворчество перестало быть прерогативой только государственных органов. Изучение специальной литературы⁵ по проблеме делегирования нормотворческих полномочий привело нас к следующим выводам.

Процедура делегирования предполагает соблюдение некоторых требований: определенная форма делегации полномочий; указание срока пользования последними; четкое определение целей, пределов полномочий, а также принципов и критериев, которыми необходимо руководствоваться в процессе осуществления указанных полномочий. Акт о делегировании полномочий должен содержать указание не только на то, какое конкретно полномочие передается, какому органу, на какой срок, но и ка-

⁴ См., например: Щербакова Н. В. К вопросу о нормативных правовых актах органов местного самоуправления в РФ // Проблемы реализации Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»: материалы науч.-практ. конф., 25 апр. 1996 г. / отв. ред. С. А. Авакьян. М., 1996. С. 107.

⁵ См.: Толстик В. А. К вопросу о юридической силе актов, принятых в рамках делегированных нормотворческих полномочий // Юрист. 2001. № 10. С. 31–33; Троицкий В. С. Делегированное законотворчество: теория и практика: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005; Кузнецова Н. В. Делегирование полномочий в сфере взаимодействия органов государственной власти и местного самоуправления в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005; и др.

ков порядок компенсации затрат на реализацию делегированных полномочий.

Делегирующий орган оставляет за собой право санкционировать издаваемые акты или в определенный срок выразить несогласие с ними для прекращения их действия, контролировать соответствие действий исполняющих полномочия органов условиям делегирования и положениям исходного нормативного акта и т. п.

Делегирование полномочий в его классическом варианте сегодня имеет место, например, при наделении органов местного самоуправления отдельными государственными полномочиями в соответствии с главой 4 ФЗ № 131.

Что же касается нормотворчества по вопросам местного значения, это, на наш взгляд, результат перераспределения правотворческих полномочий государства, которое уже утратило монополию на издание правовых норм. В литературе справедливо отмечается, что делегирование нормотворческих полномочий следует отличать от первоначального наделения такими полномочиями государственных органов и общественных объединений. Объем таких полномочий, закрепленный в учредительном акте, следует рассматривать как первичный, базовый, статусный⁶.

Подтверждением сказанному является отраженный в законодательстве дифференцированный подход к определению правил отмены (приостановления действия) муниципальных правовых актов (см. ч. 1 ст. 48 ФЗ № 131). Последние могут быть отменены органами (должностными лицами) местного самоуправления, их издавшими, а также судом; а в части, регулирующей осуществление органами местного самоуправления переданных им отдельных государственных полномочий, – уполномоченным органом государственной власти.

2. Конституция РФ и ФЗ № 131 закрепляют гарантии самостоятельности органов местного самоуправления при реализации собственных полномочий (в т. ч. в области правотворчества). Однако таковая не является абсолютной. В юридической науке и практике общепризнанным является положение о том, что муниципальное правотворчество носит *подзаконный* характер,

⁶ См.: Толстик В. А. Указ. соч. С. 31–33.

поскольку право издания законов является прерогативой представительных органов государственной власти. Подзаконный характер местного самоуправления констатируется в ст. 3 Европейской хартии местного самоуправления, ч. 2 ст. 1 и некоторых других положениях ФЗ № 131.

При создании собственных правовых норм органы власти муниципальных образований обязаны учитывать положения, содержащиеся в федеральном и региональном законодательстве. Согласно ч. 4 ст. 7 ФЗ № 131 муниципальные правовые акты не должны противоречить Конституции РФ, федеральным конституционным законам, федеральным законам и иным нормативным правовым актам РФ, а также конституциям (уставам), законам, иным нормативным правовым актам субъектов Федерации.

Сказанное не умаляет значения норм, создаваемых в рамках муниципальных образований: они лишь облекаются в иную форму. Локальное правотворчество местного самоуправления в литературе рассматривается как один из основных видов правотворчества в Российской Федерации⁷. Однако по проблеме его назначения в науке представлены различные подходы.

Первоначально была высказана позиция (И. А. Азовкин и др.), согласно которой для местных органов власти должно быть характерно не столько нормативное регулирование общественных отношений, сколько применение норм права с учетом местных условий. Другая группа ученых (Ю. А. Тихомиров, И. М. Степанов и др.) полагала, что нормотворчество на местах возможно в форме конкретизации положений нормативных правовых актов более высокой юридической силы. Иными словами, муниципальное правовое регулирование носит вторичный характер, «первичных» норм права в муниципальных образованиях не создается.

По мере развития института местного самоуправления в нашей стране менялись и подходы к определению пределов правотворческих полномочий органов местного самоуправления. Позиция третьей группы авторов (В. М. Баранова, А. В. Леонтьева, В. В. Таболина и др.), считающих, что при осуществлении местного самоуправления создаются как вторичные, так и пер-

⁷ См.: Общая теория государства и права: Академический курс: в 2 т. / под ред. М. Н. Марченко. М., 1998. Т. 2. С. 164.

вичные нормативно-правовые предписания, представляется нам наиболее обоснованной. Первичные нормативные правовые акты содержат нормы права, принятые по вопросам исключительной компетенции местного самоуправления и регулируют те общественные отношения, которые не могут регулироваться нормами федерального и регионального законодательства. Вторичные муниципальные правовые акты принимаются на основании и во исполнение норм права, содержащихся в актах, принятых органами государственной власти в целях их конкретизации с учетом местных условий. К вторичным (производным) можно отнести также все акты, принятые в рамках делегированных полномочий⁸.

Изучение положений действующего законодательства, а также правотворческой практики местных образований приводит к выводу, что в одних случаях пределы муниципального правового регулирования определяются законодателем по «остаточному» принципу. Задача органов муниципальной власти здесь состоит в грамотном выявлении и упорядочении объективно необходимых общественных отношений. Так, нормы уставов муниципальных образований, определяющие виды, порядок принятия (издания), официального опубликования (обнародования) и вступления в силу муниципальных правовых актов, будут дополнять положения главы 7 ФЗ № 131 и являться по отношению к ним вторичными.

В других случаях возможности правового оформления тех или иных общественных отношений ограничены лишь действием принципа законности. Государство дает широкий простор усмотрению муниципальных образований, инициативе, самостоятельности, учету местных условий и т. д. Например, ст. 9 ФЗ № 131 предусматривает, что уставами муниципальных образований и (или) нормативными правовыми актами представительных органов устанавливаются официальные символы муниципальных образований и порядок их официального использования. Нормы права муниципальных образований, касающиеся символики, следует рассматривать в качестве первичных.

⁸ См.: Баранов В. М., Леонтьев А. В. Муниципальные правовые акты в системе источников российского права: моногр. Н. Новгород, 2006. С. 159–160.

Необходимо отметить, что соотношение полномочий федеральных, региональных и муниципальных органов власти в сфере правового регулирования местного самоуправления меняется по мере развития соответствующих институтов. Поэтому не является статичным и содержание категорий «первичные» и «вторичные» нормы муниципальных образований.

3. Специфика правового положения органов местного самоуправления как субъектов правотворчества состоит в том, что, издавая регулятивные нормы, они не обладают всей полнотой полномочий при создании норм охранительных. Речь идет о невозможности установления муниципалитетами предписаний, предусматривающих меры ответственности за нарушение положений собственных актов.

ФЗ № 131, предусматривая обязательность исполнения принятых органами местной власти правовых актов на всей территории муниципального образования, определяет также, что ответственность за их неисполнение наступает «в соответствии с федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации» (ч. 3 ст. 7).

Функцию охраны соответствующих предписаний выполняет институт административной ответственности, конкретные меры которой закрепляются в законах субъектов Федерации. Например, ст. 8.2 Закона Саратовской области от 29 июля 2009 г. № 104-ЗСО «Об административных правонарушениях на территории Саратовской области»⁹ предусмотрена ответственность за нарушение норм и правил в области благоустройства и обращения с отходами, установленных муниципальными правовыми актами.

Органами власти некоторых муниципальных образований России предпринимались попытки конструирования собственных норм, предусматривающих ответственность за нарушение муниципальных правовых актов. Все эти попытки были признаны незаконными, а акты – недействующими. Верховный Суд РФ специально подчеркнул в постановлении от 29.11.2007 г. № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части», что «правовыми

⁹ См.: СПС КонсультантПлюс.

актами органов и должностных лиц местного самоуправления не может быть установлена какая-либо ответственность за их неисполнение (санкция как мера принуждения)»¹⁰.

Однако сказанное не лишает органы местного самоуправления права обеспечивать действие собственных правовых актов мерами поощрительного и т. п. воздействия.

4. Осуществляя правотворческие полномочия, органы местного самоуправления самостоятельны в пределах, установленных законом. Автономия муниципалитетов не исключает контроль государства за их правотворчеством и издаваемыми правовыми актами.

Каковы контрольные возможности органов государственной власти? Очевидно, что высокая степень вмешательства государства в правотворческую деятельность муниципалитетов сведет «на нет» всю самостоятельность последних и саму идею муниципального правотворчества.

«Любой административный контроль за деятельностью органов местного самоуправления, как правило, преследует лишь цели обеспечения соблюдения законности и конституционных принципов, – говорится в ст. 8 Европейской Хартии местного самоуправления. – Тем не менее административный контроль может включать также контроль за целесообразностью, осуществляемый вышестоящими органами власти, в отношении задач, выполнение которых поручено органам местного самоуправления»¹¹. Последний должен реализовываться «с соблюдением соразмерности между степенью вмешательства контролирующего органа и значимостью интересов, которые он намерен защищать».

По смыслу правовой позиции, изложенной Конституционным Судом РФ в постановлении от 30.11.2000 г. № 15-П, Конституция РФ в ч. 2 ст. 15 и ч. 2 ст. 132 прямо предусматривает подконтрольность государству реализации органами местного самоуправления переданных им государственных полномочий и предполагает контроль за законностью при решении ими вопросов местного значения, то есть при осуществлении собственно полномочий местного самоуправления. Формы и способы такого

¹⁰ Российская газета. 2007. 8 дек.

¹¹ Ратифицирована Федеральным законом от 11.04.1998 г. № 55-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 36, ст. 4466.

контроля, его механизм и порядок осуществления не должны нарушать гарантии самостоятельности местного самоуправления, установленные Конституцией РФ и принятыми в соответствии с нею федеральными законами, и противоречить принципу разделения властей¹².

Часть 1 ст. 77 ФЗ № 131 определяет, что органы прокуратуры РФ и другие уполномоченные федеральным законом органы осуществляют надзор за исполнением органами и должностными лицами местного самоуправления Конституции РФ, федеральных конституционных законов, федеральных законов, конституций (уставов), законов субъектов Федерации, уставов муниципальных образований, муниципальных правовых актов.

В ч. 2 указанной статьи установлено, что уполномоченные органы государственной власти осуществляют контроль за осуществлением муниципалитетами переданных им отдельных государственных полномочий.

Иными словами, как в отечественной правовой системе, так и за рубежом имеет место дифференцированный подход к реализации контрольно-надзорных функций за деятельностью муниципалитетов (включая правотворческую). Более широкими контрольными возможностями государство располагает в ситуации, когда передает органам муниципальной власти какие-либо собственные полномочия. В остальных случаях (при решении вопросов местного значения, т. е. осуществлении полномочий местного самоуправления) проверяется исключительно законность изданных актов.

В указанном ключе развивается и судебная практика, охраняющая правотворческую компетенцию органов местного самоуправления от нарушений. На проверку грамотности и законности, а не целесообразности издания актов, оспариваемых в судах на предмет соответствия или несоответствия их законам и дру-

¹² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 30.11.2000 г. № 15-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Устава (Основного Закона) Курской области в редакции Закона Курской области от 22 марта 1999 года «О внесении изменений и дополнений в Устав (Основной Закон) Курской области» // СЗ РФ. 2000. № 50, ст. 4943.

гим правовым актам, нацеливает Верховный Суд РФ, указывая, что вопрос о целесообразности принятия органом (должностным лицом) местного самоуправления того или иного акта относится к их исключительной компетенции¹³.

Суды не вправе исправлять недостатки, допущенные в актах органов муниципальной власти. Если органом местного самоуправления принят нормативный правовой акт, содержание которого не является определенным и вызывает неоднозначное толкование, «суд не вправе устранять эту неопределенность путем obligations в решении органа или должностного лица внести в акт изменения или дополнения, поскольку такие действия суда будут являться нарушением компетенции органа или должностного лица, принявших данный нормативный правовой акт»¹⁴. В этом случае оспариваемый акт признается не действующим полностью или в части с указанием мотивов принятого решения.

5. Круг органов и должностных лиц местного самоуправления, компетентных издавать муниципальные правовые акты, весьма широк, однако нормотворческую функцию в муниципальном образовании осуществляют далеко не все из них.

Основная нагрузка здесь ложится на плечи представительного органа муниципального образования. Именно он «принимает решения, устанавливающие правила, обязательные для исполнения на территории муниципального образования». В этой связи некоторые авторы полагают, что иные органы муниципальной власти (имеются в виду исполнительные органы) лишены возможности издавать нормативные правовые акты.

Данный вопрос являлся дискуссионным еще до принятия ФЗ № 131.

Федеральный закон от 28 августа 1995 г. № 154-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹⁵ закреплял следующее положение: «в исключительном ведении представительных органов местного самоуправления

¹³ См.: Пункт 18 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.11.2007 г. № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части».

¹⁴ Там же. Пункт 25.

¹⁵ СЗ РФ. 1995. № 35, ст. 3506.

находится принятие общеобязательных правил по предметам ведения муниципальных образований, предусмотренных уставом муниципального образования». В результате в одних муниципальных образованиях эта норма понималась как указание на то, что исполнительный орган местного самоуправления не имеет права издавать нормативные правовые акты, в других – как отсылка к уставу муниципального образования, который может разграничить компетенцию представительного и исполнительного органов местного самоуправления по изданию нормативных правовых актов иным образом. Так, по мнению О. В. Берга, логичнее следующее толкование: к компетенции представительного органа местного самоуправления относится принятие нормативных правовых актов (общеобязательных правил), а к компетенции исполнительного органа – индивидуальных правовых актов¹⁶.

ФЗ № 131 наделил нормотворческими функциями не только представительный орган муниципального образования. Глава местной администрации, например, также может принимать нормативные правовые акты – постановления местной администрации – по вопросам местного значения и вопросам, связанным с осуществлением отдельных переданных муниципалитетам государственных полномочий. К подобному выводу мы приходим в результате анализа ряда положений ФЗ № 131. Несмотря на то что термин «нормативные правовые акты» употребляется в тексте закона преимущественно в связи с деятельностью представительного органа муниципальной власти (в ч. 4 ст. 8, ч. 3 ст. 9, ч. 1 ст. 26, ч. 11 ст. 27, ч. 12, 13 ст. 35), в отдельных его нормах (в ч. 1 ст. 74 и др.) есть упоминание и о нормативных правовых актах, издаваемых главой муниципального образования и главой местной администрации. Наделение исполнительных органов местной власти в лице их должностных лиц определенным объемом нормотворческих полномочий проверено на практике (подобный опыт имеется на всех уровнях публичной власти в нашем государстве) и необходимо. Однако они не должны подменять собой представительные органы.

¹⁶ См.: Берг О. В. О правомерности принятия нормативных актов исполнительным органом местного самоуправления // Государственная власть и местное самоуправление. 2002. № 1. С. 2–3, 19.

6. Полномочие по изданию муниципальных правовых актов по вопросам местного значения и вопросам осуществления отдельных переданных государственных полномочий есть не только право, но и обязанность органов местного самоуправления. За неисполнение (ненадлежащее исполнение) данной обязанности нормы действующего права предусматривают применение соответствующих санкций.

Статья 72 ФЗ № 131 устанавливает, что в случае нарушения органом (должностным лицом) местного самоуправления Конституции РФ, федеральных конституционных законов, федеральных законов, конституции (устава), законов субъекта Федерации, устава муниципального образования наступает их ответственность перед государством. Представительный орган муниципального образования может быть распущен, глава муниципального образования или глава местной администрации – отрешены от должности в соответствии со ст. 73, 74 Закона.

Иллюстрацией к сказанному может служить решение по делу о роспуске Совета депутатов города Ельца Липецкой области, основанием которого явилось бездействие Совета депутатов. Последнее выразилось в своевременном неприведении в соответствие с изменившимся федеральным законодательством устава муниципального образования, а также непринятии бюджета муниципального образования на очередной год, норм предоставления и учетных норм социального жилья. «В случае нарушения Конституции РФ, законов, злоупотребления своими полномочиями, невыполнения возложенных на них населением муниципального образования обязанностей, принятия противоправных решений, неосуществления или ненадлежащего осуществления своих задач, непринятия мер по исполнению судебного решения, констатирующего данный факт, – говорится в Определении Верховного Суда РФ от 09.08.2006 г. № 77-Г06-3, – органы местного самоуправления несут ответственность перед населением и государством. Полномочия представительного органа муниципального образования могут быть прекращены досрочно в случае его роспуска»¹⁷.

¹⁷ СПС «КонсультантПлюс».

7. Завершая настоящее исследование, выскажем собственную позицию по проблеме пересмотра объема правотворческих полномочий муниципалитетов.

Данные официальной статистики, материалы обобщений юридической практики, публикации в научных изданиях свидетельствуют о высоком уровне дефектности издаваемых органами местного самоуправления правовых актов¹⁸. В этой связи представители органов государственной власти, осуществляющих контрольные функции в отношении актов муниципального уровня, полагают, что решение проблемы возможно за счет сужения правотворческих полномочий органов местного самоуправления, перехода к практике утверждения органами местной власти правовых актов, предложенных государством. Последнее располагает широкими материально-техническими, организационными и прочими возможностями для подготовки качественных типовых актов муниципального уровня. Муниципальный правотворец должен лишь своевременно одобрить их.

Представляется, что подобного рода мероприятия приведут к нивелированию самой идеи местного самоуправления в России. На данном этапе, когда накоплен определенный опыт участия органов местного самоуправления в правотворческой деятельности, укомплектована в большинстве своем правовая база основной массы муниципальных образований России, вряд ли целесообразно снижать самостоятельность последних, урезать полномочия. Это было бы шагом назад в развитии местного самоуправления.

¹⁸ См., например: Итоги переходного периода реализации Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»: сб. информ.-аналит. материалов Министерства регионального развития Российской Федерации. М., 2009. С. 16–25; Прокуратура Омской области подвела итоги деятельности по надзору за законностью актов органов местного самоуправления. URL: <http://www.prokuratura.omsk.ru/0902111.html> (дата обращения: 15.12.2011); Карташов В. Н., Вантеева Н. В. Ошибочная юридическая деятельность органов местного самоуправления (некоторые методологические, теоретические и практически-прикладные аспекты проблемы). Ярославль, 2010; и др.

Народ как субъект законодательного процесса

Традиционно в учебной¹ и научной² литературе правотворчество связывается прежде всего с государственной деятельностью, направленной на создание правовых норм и дальнейшее их совершенствование. «По своей сущности, – пишет А. С. Пиголкин, – правотворчество есть возведение государственной воли в закон, в имеющие общеобязательное значение юридические предписания»³.

При таком понимании абсолютно игнорируются нормы ст. 18 Конституции РФ, устанавливающие, что не государственная воля, а права и свободы человека и гражданина определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием.

Этатизм, выраженный в представленном подходе, отчасти компенсируется эмоциональными оценками референдума как непосредственного способа осуществления власти народа. К сожалению, такой «юридический романтизм» имеет мало чего общего с действительностью. Стоит согласиться с мнением В. Н. Карташова, что референдум является смешанным, общественно-государственным типом правотворческой практики и, как свидетельствует международный опыт, пожалуй, наименее эффективным ее типом⁴.

¹ См., напр.: Алексеев С. С. Общая теория права: учебник. М., 2009. С. 227; Теория государства и права: учебник для вузов / А. Б. Венгеров. М., 2008. С. 477; Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права: учебник: в 2 т. Т. 1: Государство. М., 2007. С. 489; Теория государства и права: учебник / под ред. В. К. Бабаева. М., 2007. С. 348; Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. М., 2007. С. 412.

² См., напр.: Матузов Н. И., Ушанова Н. В. Возможность и действительность в российской правовой системе. Саратов, 2010. С. 84.

³ Проблемы общей теории права и государства: учеб. для вузов / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М., 2001. С. 307.

⁴ См.: Карташов В. Н. Теория правовой системы общества: учеб. пособие: в 2 т. Т. 1. Ярославль, 2005. С. 260.

В современной юридической науке участие населения в правотворческой деятельности, как правило, отождествляется с процедурами народного обсуждения законопроектов, их общественной экспертизы, социологическими исследованиями и т. п. «При изучении воздействия общественного мнения на законотворчество, – пишет Д. В. Шепелев, – можно выделить два основных момента: 1) роль общественного мнения в принятии законодательных решений; 2) включенность социологических исследований в законотворческий процесс»⁵.

Соответственно, внимание научного сообщества в значительной мере сосредоточено на способе выражения, оценке истинности и мере учета общественного мнения. Так, ученые Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ приходят к выводу, что «целесообразно активно организовывать широкое обсуждение концепции законопроектов, его основных идей, будущих норм ..., а всестороннее обоснование различных точек зрения, аргументов «за» и «против» способствует лучшему учету общественных интересов с самого начала работы над законопроектом»⁶.

А. П. Мазуренко считает, что «нужно создавать возможности реального участия общественности, институтов гражданского общества в процессе обсуждения и принятия законопроектов, возможности их влияния на содержание и качество принимаемых решений»⁷. Фактическое воплощение данных возможностей автор находит в созданных общественных палатах и механизмах непосредственного участия граждан в правотворческом процессе через сеть Интернет⁸.

⁵ Шепелев Д. В. Влияние общественного мнения на законотворчество // Правотворчество в Российской Федерации: проблемы теории и практики: сб. науч. ст. / отв. ред. В. М. Сырых, М. А. Занина. М., 2010. С. 263.

⁶ Организация законопроектной работы в системе федеральных органов исполнительной власти / под ред. Т. Я. Хабриевой. М., 2006. С. 27.

⁷ Мазуренко А. П. Правотворческая политика как способ оптимизации правотворчества в Российской Федерации // Правотворчество в Российской Федерации. С. 244.

⁸ См.: Там же.

Действительно, функционирование законодательных органов как опосредованной формы осуществления власти народом предполагает выявление и защиту общественных интересов избранными представителями. Однако здесь мы сталкиваемся с трудностями объективного и субъективного порядка. Субъективные препятствия выражаются в том, что в качестве ориентиров правотворчества очень часто оказываются не воля народа, а политические, экономические и иные интересы узкого круга людей, находящихся во власти, при этом правотворческий процесс становится средством легитимации их представлений и потребностей⁹. Этому в значительной степени способствует тот факт, что статус субъектов законотворческой деятельности, как правило, осложнен соединением служебной и политической составляющих, что приводит к конфликту интересов данных лиц. Отсутствие возможности с должной четкостью разграничить эти две стороны их правового положения не позволяет определить, где творцы законов действуют как профессионалы, а где – как политики. В итоге законотворчество подвергается прямому влиянию частных, корпоративных или иных интересов, включая интересы поддержания имиджа того или иного политического деятеля¹⁰.

Объективные ограничения связаны с тем, что законодатели являются обычными людьми, не имеющими понятия о 99% того, что происходит вокруг них, – о реальных сделках, договоренностях, установках, чувствах и убеждениях людей, так или иначе соприкасающихся с правом. Следовательно, представители не в состоянии выразить подлинную волю народа, который они якобы представляют. Трудно не согласиться с Бруно Леони в том, что «мифология нашего времени – не религиозная, а политическая и ее главные мифы – это «представительство» народа, с одной стороны, и харизматические претензии полити-

⁹ См.: Корнев В. Н. Проблемы реализации принципа справедливости в правотворческой и правоприменительной деятельности // Там же. С. 127.

¹⁰ См.: Организация законопроектной работы в системе федеральных органов исполнительной власти. С. 25.

ческих лидеров на обладание истиной и правом действовать в соответствии с ней – с другой»¹¹.

Несмотря на отмеченные сложности, выявление общественных потребностей и интересов в процессе правотворчества является необходимым условием качества и эффективности создаваемого закона, поэтому работы в этом направлении должны быть продолжены. Вместе с тем непосредственная ценность полученных социально-правовых данных, выражающаяся в их реальности, как правило, остается под вопросом. Так, Б. Леони не без оснований полагает, что во многих случаях такой вещи, как «общественное мнение», не существует, поскольку нет никаких оснований удостоивать титулом «общественного мнения» частные мнения групп и индивидов, которые случайно оказались в положении, позволяющем им навязать свое мнение, часто с ущербом для других групп и индивидов¹².

Ретроспективный анализ законотворческой практики дает возможность говорить о системном характере проблем, которые так или иначе связаны с представительной демократией. Устранить многие из них, на наш взгляд, способно развитие института народной правотворческой инициативы, базирующегося на принципе прямой демократии.

В настоящее время нормами ст. 26 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» гарантирована правотворческая инициатива граждан в решении вопросов местного значения. Кроме того, ч. 1 ст. 6 Федерального закона от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» предусмотрена возможность наделения граждан правом законодательной инициативы применительно к отношениям, входящим в компетенцию органов государственной власти соответствующую

¹¹ Бруно Леони. Свобода и закон / пер. с англ. В. Кошкина; под ред. А. Куряева. М., 2008. С. 38.

¹² См.: Там же. С. 31.

щего субъекта РФ¹³. Выдвижение народной инициативы по вопросам федерального значения не предусмотрено.

Рассмотрим подробнее институт народной законодательной инициативы и сопоставим его с отдельными требованиями, предъявляемыми к проведению регионального референдума.

Реализация права народной законодательной инициативы начинается с обращения гражданина, проживающего на территории субъекта Федерации, или инициативной группы, состоящей из жителей региона в минимальном количестве от 5 до 20 человек, в уполномоченный орган власти для создания (регистрации) инициативной группы. При этом согласно требованиям федерального закона численность группы граждан, инициирующих проведение регионального референдума, должна составлять не менее 20 человек.

В качестве органа, уполномоченного на регистрацию народной инициативы, в законодательстве субъектов Федерации фигурируют региональная избирательная комиссия, высший представительный орган власти региона, орган местного самоуправления, на территории которого сформировалась инициативная группа. Напомним, что деятельность, связанная с проведением референдума, является монополией избирательной комиссии субъекта РФ.

При регистрации должен быть предъявлен проект нормативного акта, который предлагается в качестве народной законодательной инициативы. Данный проект может быть представлен как в форме готового нормативного акта без ограничений по числу содержащихся в нем норм, так и в форме отдельных предложений (идей, концепций и т. п.), которые с помощью аппаратов законодательных, а в отдельных случаях исполнительных органов власти должны быть доработаны до целостного правового решения. Для проведения референдума основным требованием является

¹³ В настоящее время право жителей влиять на законодательство региона регламентировано лишь в четырех субъектах РФ: Алтайском крае, Иркутской области, Калужской области и Красноярском крае. В связи с принятием новой редакции Устава Ярославкой области с 18 апреля 2011 года закон Ярославской области от 7 февраля 2002 г. № 8-3 «О порядке осуществления народной правотворческой инициативы» был признан утратившим силу.

ся однозначность формулировки вопроса, которая бы позволила исключить неопределенность правовых последствий принятого решения. Конечно, вопрос может касаться принятия или прекращения действия нормативного акта, но в таком случае референдум сводится к обычной оценке действий представительной власти, но никак не является актом народного правотворчества.

Характерно, что предмет законодательной инициативы, как правило, ограничивается лишь общим указанием на необходимость соблюдения конституционных требований о разграничении предметов ведения и полномочий между Российской Федерацией и субъектами Российской Федерации и лишь в отдельных субъектах вводятся дополнительные ограничения, которые фактически повторяют запреты относительно перечня вопросов, выносимых на референдум.

Наиболее интересным нам представляются требования к количеству подписей, которые необходимо собрать для реализации народной законотворческой инициативы и проведения регионального референдума. Например, в Калужской области в поддержку инициативы проведения референдума должно быть собрано не менее двух процентов подписей от числа жителей, обладающих активным избирательным правом. По данным избирательной комиссии Калужской области на 1 января 2012 года таким правом наделено 803 449 человек¹⁴, т. е. должны быть представлены, как минимум, 16 069 подписей. В то же время для реализации права народной правотворческой инициативы, согласно ч. 2. ст. 9 закона Калужской области от 3 июня 1996 г. № 24, необходимо собрать не менее 1 000 подписей избирателей¹⁵. Причем для сбора подписей в поддержку референдума во всех субъектах Федерации предусмотрен единый срок – 30 дней; в поддержку же законодательной инициативы указанный срок либо увеличен в полтора-два раза, либо вовсе не установлен.

Пожалуй, самым распространенным следствием успешной проверки подлинности собранных подписей в поддержку зако-

¹⁴ См.: Избирательная комиссия Калужской области. URL: http://izbirkom.kaluga.ru/index.php?option=com_docman&Itemid=20.

¹⁵ См.: Закон Калужской области от 3 июня 1996 г. № 24 «О народной правотворческой инициативе» // Весть. 1996. 6 июня.

нодательной инициативы является обязанность представительного органа рассмотреть предложенную инициативу и принять мотивированное решение. Однако в Алтайском крае предусмотрены более радикальные последствия: согласно ч. 3 ст. 19 закона Алтайского края от 11 февраля 2002 г. № 3-ЗС, краевой Совет народных депутатов обязан принять нормативный правовой акт либо вынести его на референдум Алтайского края¹⁶.

В случае если идея проведения референдума не получила поддержки или ответ на поставленный в референдуме вопрос был отрицательным, повторное проведение референдума по тому же вопросу не допускается в течение двух лет со дня официального опубликования результатов предыдущего референдума. При этом в отношении народной правотворческой инициативы, не получившей поддержки или отклоненной соответствующим субъектом правотворчества, срок, препятствующий повторному ее выдвижению, либо не установлен, либо не превышает одного года.

Таким образом, представляется вполне очевидным вывод, что как по материальным, так и по процессуальным требованиям народная правотворческая инициатива создает более благоприятные условия для непосредственного участия народа в управлении делами государства в сравнении с уровнем требований, предъявляемых к региональному референдуму.

К сожалению, одним из признаков современной российской действительности является политико-правовая апатия населения, являющаяся следствием недоверия к власти и невозможности выразить свои социальные притязания в законе. «Мы все больше привыкаем рассматривать законотворчество как нечто такое, что имеет отношение к законодательным собраниям, а не к обычным людям, как нечто, что может соответствовать личным идеям конкретных индивидов, при условии, что их официальное положение предоставляет им такие полномочия»¹⁷, – пишет Б. Леони. Мы совершенно забыли, что в течение многих веков процесс создания

¹⁶ См.: Закон Алтайского края от 11 февраля 2002 г. № 3-ЗС «О народной законодательной инициативе в Алтайском крае» // Алтайская правда. 2002. 27 февр.

¹⁷ Бруно Леони. Указ. соч. С. 107.

права являлся по преимуществу частным делом¹⁸, выраженным в добровольном сотрудничестве огромного количества индивидов, каждый из которых участвует в процессе в меру своего желания и своих способностей, чтобы поддерживать или менять текущее состояние дел¹⁹.

В сложившихся условиях основой для народного правотворческого сотрудничества могли бы стать политические партии (главным образом, оппозиционные, непарламентские), в руках которых право народной законотворческой инициативы приобретает особое звучание.²⁰ Эта особенность выражается в том, что, с одной стороны, рациональные законодательные решения, заслуживающие поддержки и внедрения, не теряли бы своей актуальности в бесконечном ожидании прихода партии к власти, с другой – избиратель получил бы реальные ориентиры, а предвыборная борьба приобрела бы конструктивный характер, выражающийся не в количестве розданных обещаний и громких лозунгов, а в оценке качества и разумности ранее предложенных инициатив.

¹⁸ Например, Р. Кабриак неоднократно подчеркивает, что проведение значимых неофициальных кодификаций, которым впоследствии суждено было стать эталонами права на несколько десятилетий или даже веков, как правило, связано с продолжительной кропотливой работой отдельных людей (см.: Кабриак Р. Кодификации: пер. с фр. Л. В. Головки. М., 2007. С. 20–21, 34, 43, 47, 63, 66 и др.).

¹⁹ См.: Бруно Леони. Указ. соч. С. 169.

²⁰ См.: Тихомиров Ю. А. Современное публичное право: моногр. учебник. М., 2008. С. 385.

Секундарное право как элемент специальной дееспособности лица (в развитие теории динамической правоспособности проф. Агаркова)

I. Тема. Тот или иной ученый, размышляющий о секундарных правах (правомочиях), обычно приводит следующие их примеры: 1) право на акцепт полученной оферты, 2) право прекратить действие договора в одностороннем порядке (право на расторжение договора), 3) право на зачет встречного однородного требования, 4) право наследника на принятие наследства¹.

«Нам нужно определить природу этих возможностей», – именно такую научную задачу сформулировал в свое время проф. М. М. Агарков². Этот вопрос и будет предметом нашего рассмотрения.

II. Право лица на одностороннее волеизъявление. Вглядываясь в представленные выше примеры секундарного права, подумаем над тем, *чем и как* оно реализуется?

Оно, во-первых, реализуется *исключительно действием* самого правообладателя. Во-вторых, это действие сводится к *акту изъятия им своей воли*, который, в-третьих, *направлен на создание, изменение или прекращение гражданского правоотношения*.

Должник, имеющий право на зачет, осуществляет его *одним своим заявлением* о зачете, которое *автоматически прекращает* обязательство. Чтобы реализовать право на акцепт, лицу, получившему оферту, необходимо и достаточно *дать ответ о её при-*

¹ См.: Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. Т. 1. М., 2002. С. 277–287; Алексеев С. С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования // Антология уральской цивилистики, 1925–1989: сб. ст. М., 2001. С. 64–66; Богатырев Ф. О. Секундарное право на примере постановления Президиума Верховного Суда России // Журнал российского права. № 2. 2005.

² Агарков М. М. Указ. соч. С. 278.

нятии (п. 1 ст. 438 ГК РФ), т. е. выразить в надлежащей форме согласие с условиями договора, – и договор будет считаться заключенным.

Сказанное позволяет умозаключить, что секундарное право с внешней точки зрения воплощает в себе «возможность лица создать, изменить или прекратить юридическое отношение посредством одностороннего волеизъявления одного лица другому»³. Теперь подумаем о природных особенностях секундарного правомочия и соотнесем его с субъективным правом требования.

III. Отсутствие корреспондирующей обязанности. Принципиальная особенность принадлежащего определенному лицу секундарного права (в отличие от обязательственного права требования) заключается в том, что ему *не противопоставит* какая-либо обязанность другого лица (того, к которому направлено волеизъявление). Кредитор некоторого обязательства *не выступает* обязанным по праву должника на зачет. Трудно подыскать для подрядчика внятную обязанность, которая корреспондировала бы праву заказчика на отказ от договора подряда (ст. 717 ГК).

Почему так? Потому что секундарное правомочие воплощает в себе такой законный интерес, который а) моментально удовлетворяется одним только волеизъявлением правообладателя б) и, соответственно, не требует для своей реализации какого-либо участия другого лица ни в форме действия, ни в форме воздержания от конкретного действия. Подрядчик *в принципе не может* ни содействовать, ни воспрепятствовать реализации права заказчика на расторжение договора. Поэтому в пространстве бытия данного права нет и не может быть места для корреспондирующей обязанности.

И первые исследователи секундарного права (немецкие цивилисты Э. Зеккель, Э. Цительман), и отечественные ученые, занимающиеся этой проблематикой (М. М. Агарков, С. С. Алексеев), единодушно отмечают, что в случае *Gestaltungsrechte* «праву

³ Агарков М. М. Указ. соч. С. 278.

одной стороны соответствует не *обязанность* другой стороны, а только *связанность* её этим правом»⁴.

Между тем объяснение отдельными теоретиками того, что такое «связанность стороны секундарным правом», в чём она выражается, демонстрирует в одних случаях неточность, в других – бессмысленность этого термина. Когда С. С. Алексеев пишет, что «оферент в течение определенного срока *связан* (выделено мной. – Е. М.) возможным ответом (акцептом) своего будущего контрагента по договору»⁵, то за словечком «связан» следует видеть вызванное направлением оферты *отсутствие у оферента в течение некоторого времени права* заключать договор с кем-либо другим, кроме акцептанта.

Объясняя, что значит «секундарное право связывает другую сторону», М. М. Агарков отмечал: секундарные права (*Gestaltungsrechte*) «оказывают определенное влияние на правоотношения, в которых состоит это другое лицо. Так, например, в случае осуществления стороной в договоре принадлежащего ей права расторжения договора договорное отношение перестает связывать и ту, и другую сторону»⁶.

Неубедительность данного рассуждения заключается в том, что, доказывая «*связанность секундарным правомочием*» на примере права одной стороны расторгнуть договор, проф. Агарков говорит а) не о влиянии *существования* такого права на другую сторону, б) а о последствиях, которые влечет факт его *осуществления*, т. е. об эффекте прекращения обязательственного отношения. Эта незаметная подмена предмета разговора, переход с права на его реализацию лишь доказывает, что само по себе секундарное правомочие не оказывает никакого влияния на другую сторону, не создает там ничего юридически значимого (ни свя-

⁴ См.: Агарков М. М. Указ. соч. С. 280. «Секундарное право, – пишет Ф. О. Богатырев, – так же, как и субъективное право, дает его субъекту возможность определенного поведения, но этому праву не противостоит обязанность другого лица (лиц)... В таких случаях принято говорить о связанности лица в секундарном отношении» (Указ. соч. С. 70).

⁵ Алексеев С. С. Указ. соч. С. 66.

⁶ Агарков М. М. Указ. соч. С. 282.

занности, ни тем более обязанности), ибо существует целиком в пространстве усмотрения правообладателя.

IV. Право определенного лица на совершение конкретной сделки. Далее обратим внимание на два аспекта, подчеркивающих специфику *секундарного правомочия*.

Оно, во-первых, возникает у *определенного* лица, оказавшегося в *некоторой* урегулированной гражданским законом ситуации. Например, у заключившего договор подряда заказчика, если речь идет о его праве в любое время отказаться от исполнения договора (ст. 717 ГК), или у наследника по завещанию, когда речь идет о праве на принятие наследства (п. 1 ст. 1153 ГК).

Оно, во-вторых, будучи возможностью гражданина своим односторонним волеизъявлением создавать или прекращать гражданское правоотношение, представляет собой *право на совершение конкретной сделки*: правообразующей – в случае принятия наследства или правопрекращающей – в случае расторжения договора подряда заказчиком.

V. Переход к природе секундарного права. Теперь вспомним о простой истине: каждый гражданин (с известными ограничениями) имеет право совершать любые не противоречащие закону сделки. И это право, согласно ст. 18 ГК, входит в содержание его правоспособности. Точнее сказать, в содержание дееспособности, так как последняя включает в себя способность *своими действиями* приобретать гражданские права и обязанности, т. е. совершать сделки (п. 1 ст. 21 ГК). Далее подумаем. Если и некий гражданин оказывается в роли заказчика и, согласно ст. 717 ГК, приобретает право на отказ от исполнения договора подряда, значит, а) он приобретает право на *совершение конкретной сделки*, б) которое *конкретизирует содержание его дееспособности*. Иными словами, лицо, ставшее заказчиком по договору подряда, приобретает *дееспособность заказчика*.

Таким образом, единичное секундарное правомочие, будучи возможностью определенного лица совершить конкретную сделку (правообразующую или правопрекращающую), является *по своей природе дееспособностью (сделкоспособностью) фигуран-*

та некоторой урегулированной гражданским законом фактической ситуации. Например, дееспособностью 1) наследника по завещанию, 2) лица, получившего оферту, 3) должника, обладающего встречным однородным требованием, 4) участника ООО, имеющего право на выход из ООО, 5) собственника определенного имущества и т. д.

А дальше нас ждет вывод, существенно уточняющий выраженный в п 1 ст. 17 ГК принцип: гражданская правоспособность признается в равной мере за всеми гражданами. Да, действительно, все граждане могут, согласно ст. 18 ГК, совершать любые не противоречащие закону сделки. В принципе могут, абстрактно, вообще. Но у каждого конкретного гражданина своя дееспособность и её содержание определяется теми гражданско-правовыми ситуациями, которые подбрасывает человеку его частная жизнь.

Так мы приходим к выводу: установление для того или иного фигуранта той или иной гражданско-правовой ситуации право совершать конкретные сделки, т. е. установление специальной дееспособности, есть один из способов регламентации имущественных отношений.

VI. Теория М. М. Агаркова. Именно этот вывод об изменчивости дееспособности гражданина стал краеугольным камнем теории динамической правоспособности, созданной выдающимся отечественным цивилистом профессором М. М. Агарковым, – теории, опередившей свое время.

«Неправильно представлять себе правоспособность статически, – писал М. М. Агарков, – и думать, что в любой момент лицо может оказаться субъектом любого гражданского правоотношения. Обладание полной гражданской правоспособностью... обозначает возможность иметь любые основанные на законе права и обязанности. Но это не означает, например, что каждый может в данный момент сделаться собственником определенной вещи. Для этого надо, чтобы тот, кто является собственником в данный момент, предложил продать ему вещь или, наоборот, чтобы собственнику было сделано предложение и он ответил бы согласием.

Таким образом, правоспособность должна быть понята динамически. Гражданская правоспособность для каждого данного лица в каждый определенный момент означает возможность иметь определенные конкретные права и обязанности в зависимости от его взаимоотношений с другими лицами... Право расторжения договора, право выбора в альтернативном обязательстве и т. п. являются отдельными проявлениями гражданской правоспособности, специально связанными законом с определенными обязательственными отношениями»⁷.

Немного поправим автора. Поскольку появляющиеся у определенного лица в определенных обстоятельствах права расторгнуть договор, произвести зачет, заключить договор, составить завещание и т. п. характеризуют *способность лица совершать сделки*, значит, такие возможности выступают *проявлениями дееспособности*, никак не правоспособности. Почему? По определению, выраженному в п. 1 ст. 21 ГК. Гражданская *дееспособность* физического лица включает в себя способность *своими действиями* приобретать гражданские права и обязанности т. е. *способность совершать сделки*. В праве на зачет выражена способность действовать, а не иметь права (нести обязанности). Следовательно, право на зачет есть проявление дееспособности, а не правоспособности.

Как только теория динамической правоспособности была озвучена М. М. Агарковым, так сразу же она была подвергнута ожесточенной и массовой критике. Не столько по логическим, сколько по идеологическим соображениям. Доктрина посчитала, что заявлением «неправильно представлять себе правоспособность статически и думать, что в любой момент лицо может оказаться субъектом любого гражданского правоотношения»⁸, М. М. Агарков посягнул на демократический принцип равенства всех граждан в правоспособности. Поучаствовал в этой критике и такой величайший авторитет советской цивилистики, как О. С. Иоффе. Рассмотрим его доводы.

⁷ Агарков М. М. Указ. соч. С. 284–286.

⁸ Там же. С. 284.

VII. О праве на акцепт оферты и несостоятельности критических замечания О. С. Иоффе. Реагируя на рассуждения М. М. Агаркова о том, что, если кто-либо сделал гражданину «А» предложение заключить с ним договор, значит, этот гражданин приобретает способность заключить данный договор и, стало быть, его правоспособность в данный момент отличается от правоспособности других лиц, О. С. Иоффе писал: «Разумеется, акцептовать оферту вправе не любое лицо, а лишь то, которому она адресована. Но происходит это не потому, что у адресата оферты появилась секундарное право. Здесь действуют совершенно иные причины, связанные с тем, что подавляющее большинство правоотношений возникает не из единичных юридических фактов, а из определенной их совокупности. Вследствие этого само образование субъективного права выливается в более или менее длительный процесс, разобщенный во времени по отдельным стадиям... Но процесс формирования субъективного права есть именно этот процесс и ничего более. Он опирается на правоспособность, отнюдь не сообщая ей качество динамичности, и ведет к появлению субъективного права, отнюдь не предвосхищая его правами секундарными»⁹.

Детальный анализ данного рассуждения показывает, что весь его полемический запал зиждется, с одной стороны, на очевидных логических противоречиях, с другой – на абсолютной неопределенности (туманности) используемых автором выражений.

Объяснимся. Констатируя, что «акцептовать оферту вправе не любое лицо, а лишь то, которому она адресована», проф. Иоффе далее замечает: «Но происходит это не потому, что у адресата оферты появилось секундарное право».

Однако, минуточку. Если Вы считаете, что акцептовать оферту *вправе лишь то лицо*, которому она адресована, значит, должны умозаключить, что получение определенным лицом оферты порождает у него *право ее акцептовать*, которое, между прочим, есть *секундарное право*. Спрашивается: при таком

⁹ Иоффе О. С. Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. 1 // Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. С. 290.

течении мысли есть ли хоть крупница логики в том, чтобы дальше делать вывод, согласно которому процесс образования субъективного права из договора *не предвосхищается* секундарными правами? Очевидно, нет, потому что вывод *прямо противоречит* тому, что его предваряет.

Так получилось, что, занимаясь критикой теории динамической правоспособности, О. С. Иоффе не заметил, как сначала подтвердил возникающее из оферты секундарное право – право на акцепт, а затем, движимый критическим мотивом, исключил это право из процесса заключения договора.

Теперь подумаем над тем, как О. С. Иоффе, оспаривая теорию динамической правоспособности, обосновывает тезис об ее неизменности. Начнем еще раз сначала: «Разумеется, – писал О. С. Иоффе, – акцептовать оферту вправе не любое лицо. А лишь то, которому она адресована. Но происходит это не потому, что у адресата оферты появилось секундарное право»¹⁰.

Спрашивается: почему же это происходит? Это происходит потому, отвечает автор, что «самоё образование субъективного права выливается в более или менее длительный процесс, разобщенный во времени по отдельным стадиям, каждая из которых вызывает свои обособленные, хотя далеко не завершённые, юридические последствия»¹¹.

«Хорошо, – сказал бы М. М. Агарков. – Действительно, процесс. Так давайте исследуем, проанализируем этот процесс заключения договора». Вот гр-н «А» направил гр-ну «Б» оферту. Вот у последнего возникло право ее акцептовать, которое по природе есть конкретное проявление гражданской правоспособности гр-на «Б». Вот он реализовал эту свою правоспособность (точнее, дееспособность) и тем самым завершил процесс заключения договора, из которого возникло конкретное обязательственное правоотношение. Таким образом, конкретный анализ процесса образования субъективного права приводит к выводу, что «пра-

¹⁰ Иоффе О. С. Указ. соч. С. 290.

¹¹ Там же.

воспособность должна быть понята динамически»¹². Надо только исследовать этот процесс.

Нет, не надо его исследовать, – парирует О. С. Иоффе. «Процесс формирования субъективного права есть именно этот процесс и ничего более. Он опирается на правоспособность, отнюдь не сообщая ей качество динамичности и ведет к появлению субъективного права, отнюдь не предвосхищая его права секундарными»¹³.

Хочется только спросить: причем тут правоспособность? Зачем гр-ну «А» при отправлении оферты гр-ну «Б» опираться на правоспособность, которая всегда неизменна и абстрактна? На что опираться? Остается только «развести руками».

Так что же получается? А получается, что представлению М. М. Агаркова, согласно которому процесс заключения договора связан с возникновением специальной правоспособности лица, получившего оферту, О. С. Иоффе противопоставляет а) не своё понимание смысла этого процесса, б) а отказ от его исследования («процесс есть именно этот процесс и ничего более»), в) снабжая эту пропаганду заклинанием о неизменности гражданской правоспособности. Вряд ли такая критика может считаться убедительной.

¹² Агарков М. М. Указ. соч. С. 285.

¹³ Иоффе О. С. Указ. соч. С. 290.

Ребенок как субъект семейного права*

Относительно определения параметров фигуры ребенка законодатель действует весьма упрощенно (п. 1 ст. 54 СК РФ): «Ребенком признается лицо, не достигшее возраста восемнадцати лет (совершеннолетия)». Это суждение более или менее соответствует позиции Конвенции ООН о правах ребенка, с той лишь разницей, что в последней в качестве исходного термина используется конструкция «человеческое существо», а также допускаются возрастные вариации. Первый акцент позволяет предположить, что не исключается возможность охраны интересов неродившегося ребенка¹, второй – различия решений о возрасте совершеннолетия с точки зрения внутренних (национальных) законодательств и, возможно, возрастной дифференциации в контексте эмансипации.

Буквальное толкование дефиниции п. 1 ст. 54 СК РФ не позволяет констатировать допущение законодателем исключений, связанных с наступлением ранней дееспособности. Отсюда – кажущийся парадокс: несовершеннолетний, вступивший в брак или эмансипированный, по смыслу указанной нормы остается ребенком, а в соответствии с гражданским законодательством

* Работа выполнена при поддержке гранта РГНФ № 12-03-00521-а.

¹ Статус «проточеловека» не является предметом настоящей статьи. По этому вопросу см., например: Тарусина Н. Н. Ребенок как юридическая фигура семейно-правового пространства // Вестник ЯрГУ им. П. Г. Демидова. Гуманитарные науки. 2011. № 1. С. 54–56.

См. также: Беседкина Н. И. Права неродившегося ребенка // Государство и право. 2006. № 4; Романовский Г. Б. Юридическое определение момента возникновения права на жизнь // Государство и право. 2007. № 11. С. 71–78; Резник Е. С. Право на жизнь: гражданско-правовые аспекты. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 15–40; Тарасова А. Е. Правосубъектность граждан: Особенности правосубъектности несовершеннолетних, их проявления в гражданских правоотношениях. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 50–57.

перестает им быть². Этот парадокс, разумеется, нивелируется другими нормами семейного права, что, впрочем, не снимает с рассматриваемой нормы обвинения в несовременности. Так, в соответствии с правилом ч. 3 ст. 56 СК РФ дееспособный несовершеннолетний может самостоятельно осуществлять свои права и обязанности³, норма п. 2 ст. 120 СК РФ исключает его право на алименты от родителей⁴, правило п. 2 ст. 61 СК РФ со вступлением несовершеннолетнего ребенка в брак или приобретением им полной дееспособности прекращает семейное правоотношение «родители-дети».

Справедливо не удовлетворяясь указанными компенсациями недостатков нормы п. 1 ст. 54 СК РФ, А. И. Величкова предлагает ее новеллировать: «Ребенком признается лицо (каждое человеческое существо) до достижения возраста восемнадцати лет либо до вступления в брак или до приобретения полной дееспособности по другим основаниям»⁵.

Однако в этой дефиниции⁶ все же заложена определенная дисгармония. Она проистекает, видимо, из представления о безусловном базисном значении гражданской дееспособности для семейной. Но это не так. Во-первых, «досрочная» гражданская дееспособность не ведет к возникновению брачной дееспособности – скорее всего этот факт окажется значимым при процедуре снижения брачного возраста (п. 2 ст. 13 СК РФ). Эмансипированный не вправе заключить брачный договор, так как субъектом этой сделки может быть только супруг или лицо, вступающее в брак (ст. 40 СК РФ), то есть граждан-

² См.: Величкова О. И. О понятии «ребенок» в свете положений семейного Кодекса РФ и Конвенции о правах ребенка // Семейное право на рубеже XX–XXI веков: К 20-летию Конвенции ООН о правах ребенка: материалы межд. конф., г. Казань, КФУ. М.: Статут, 2011. С. 149–150.

³ Возникает риторический вопрос: а если он не пожелает воспользоваться этим правом, сохранится ли соответствующее право законного представителя?..

⁴ Возникает нериторический вопрос: имеет ли это лицо право на алименты по основаниям и в порядке ст. 85 СК РФ?..

⁵ Там же.

⁶ На наш взгляд, следует также снять позицию уточнения (лицо – человеческое существо) и ограничиться формулой Конвенции.

ски дееспособному надо еще получить решение о снижении брачного возраста. Норма п. 2 ст. 62 СК РФ, предоставляя несовершеннолетним внебрачным матери и отцу родительскую дееспособность, не связывает это с эмансипацией. Соответственно отсутствие брака и/или эмансипации квалифицирует данную «досрочную» родительскую дееспособность как исключительно семейную⁷. Нет логической и юридической увязки между 6-летним (п. 2 ст. 28 ГК РФ), 10-летним (ст. 57 СК РФ) и даже 14-летним (ч. 2 п. 2 ст. 56 СК РФ) несовершеннолетними, на что мы и другие авторы неоднократно указывали ранее⁸, и не обделим вниманием далее в настоящей статье. Следовательно, необходимо либо нерушимо связать семейную и гражданскую дееспособности – и по содержанию, и по возрастным границам, что сомнительно, либо уточнить в дефиниции ребенка, о какой, собственно, дееспособности идет речь.

Обратимся к конструкции семейной правосубъектности ребенка. Аксиоматичная двуединость любой правосубъектности гражданина, ее дифференцированность на правоспособность и дееспособность столь же аксиоматична и для семейно-правовой сферы. При этом мы солидарны с теми учеными, которые склонны оба эти элемента (а не только лишь дееспособность) рассматривать в динамическом ключе. Так, Н. Л. Дювернуа отмечал, что «задача юридических норм заключается в приближении, а не в удалении от условий действительности», часть из которых связана с физическими свойствами людей, другие обусловлены культурной традицией, третьи – соображениями политическими, административными и т. д.; это предопределяет относительное неравенство

⁷ Что, возможно, неправильно и требует изменения п. 1 ст. 27 СК РФ в части оснований эмансипации.

⁸ См., например: Тарусина Н. Н. Семейная, гражданская и гражданско-процессуальная правосубъектность ребенка: суверенность, взаимодействие, проблемы // Юридические записки ЯрГУ им. П. Г. Демидова. Вып. 14: Актуальные проблемы юридического процесса. Ярославль, 2010. С. 136–137; Скоробогатова В. В. Правосубъектность граждан в российском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2010. С. 19–21. И др.

правоспособностей и дееспособностей различных категорий субъектов⁹.

На динамический характер семейной правоспособности указывали Е. М. Ворожейкин, А. И. Пергамент, В. А. Рясенцев и др.: брачная, родительская, опекунская и т. п. видовые правоспособности возникают отнюдь не с рождения и коррелируют с соответствующей семейной дееспособностью¹⁰. Совпадение моментов возникновения отдельных элементов семейных правоспособности и дееспособности констатировал и Я.Р.Веберс¹¹.

Семейная правосубъектность ребенка окрашена красками богаче и ярче, нежели другие ее виды. Так, во всех случаях участия ребенка (в рамках его семейной правоспособности) в семейных правоотношениях, где второй стороной выступают родители, усыновители, иные попечители, близкие родственники, отчим, мачеха, фактические воспитатели, его семейная дееспособность, в полном соответствии с современным климатом, «скачет» от нуля до максимальных значений. При этом, когда он недееспособен, отмечает М. В. Антокольская, «его дееспособность не нуждается в восполнении»¹². А. П. Сергеев также подчеркивает, что некоторые из семейно-правовых возможностей самой своей природой рассчитаны на их реализацию малолетними недееспособными лицами¹³.

Сущность природы семейных правоотношений с участием детей схвачена верно, но констатация их недееспособности оспори́ма. Эта констатация, как мы уже отмечали в связи с обсуждением дефиниции ребенка, вытекает из норм ГК РФ (и то не в полной мере, имея в виду «минидееспособность» детей с 6-летнего

⁹ Дювернуа Н. Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 1: Учение о лице. М., 2004. С. 295.

¹⁰ См., например: Белякова А. М., Ворожейкин Е. М. Советское семейное право. М., 1974. С. 39–40; Пергамент А. И. О правовом положении несовершеннолетних // Ученые записки ВИЮН. Вып. 3. М., 1955. С. 3; Рясенцев В. А. Семейное право. М., 1971. С. 49.

¹¹ Веберс Я. Р. Правосубъектность граждан в гражданском и семейном праве. Рига, 1976. С. 185.

¹² Антокольская М. В. Семейное право. М.: Норма. М., 2010. С. 62.

¹³ См.: Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева. Т. 3. М., 2009. С. 397.

возраста), но не соответствует ни семейному закону, ни практике его применения.

В семейно-правовом пространстве ребенок, будучи правоспособным во всех своих главных позициях (в правоотношениях по воспитанию и иному общению, содержанию), обладает своеобразной «плавающей» дееспособностью, которая, тем не менее, относительно структурирована по возрастному критерию (ст. 57 СК РФ): 1) без установления нижнего возрастного предела и любых иных критериев ребенок вправе выражать свое мнение при решении семейных вопросов, затрагивающих его интересы¹⁴; 2) с 10-летнего возраста учет мнения ребенка обязателен, кроме случаев, когда это противоречит его интересам; 3) в ряде случаев с этого же возраста требуется согласие ребенка на совершение в отношении него ряда семейно-правовых актов (ст. 59, 72, 132, 134, 136, 143, 145 СК РФ)¹⁵; 4) с 14 лет ребенок приобретает дополнительные возможности, включая право на самостоятельную судебную защиту (ч. 2 п. 2 ст. 56), право на снижение брачного возраста – в рамках регионального законодательства (ч. 2 п. 2 ст. 13 СК РФ); 5) с 16 лет он приобретает аналогичное право – в рамках федерального законодательства, право самостоятельно осуществлять родительские права и обязанности в отношении внебрачного ребенка и т.д. (п. 2 ст. 13, п. 2 ст. 62 СК РФ).

Как видим, семейная правоспособность и семейная дееспособность, то расходясь, то воссоединяясь, существенно отличаются от своих гражданско-правовых «родственников». В то же время их конструирование не всегда определено и последовательно.

Во-первых, нет ясного объяснения, почему для начальной точки «минидееспособности» принят 10-летний возраст. В ГК «суперминидееспособность» начинается с 6 лет. В определен-

¹⁴ Видимо, сначала только мимикой и/или звуковым рядом...

¹⁵ Как точно замечает Л. Б. Максимович, в контексте семейного законодательства право ребенка на выражение своего мнения представляет собой признание за ним «права голоса», в одних случаях – совещательного, в других (прямо указанных в законе) – решающего. См.: Максимович Л. Б. О праве ребенка выражать свое мнение // Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства / отв. ред. В. Н. Литовкин. М., 2005. С. 70.

ном смысле образовательная дееспособность наступает с 6–7 лет. Значит, как бы ни утверждали цивилисты обратное, элементы дееспособности малолетнего налично. Следовательно, и в семейном законодательстве необходимо определиться в этом вопросе: до 6 (7) лет мнение ребенка не может учитываться, с 6 (7) до 10 лет учитывается, с 10 лет учет позиции ребенка обязателен¹⁶.

Во-вторых, целесообразно гармонизировать перечень случаев, где требуется согласие последнего, или, по крайней мере, вернуться к обсуждению этого вопроса¹⁷: о согласии на установление отцовства, определении места жительства при раздельном проживании родителей, передаче ребенка от одного родителя к другому, общении с близкими родственниками и т. д. То же самое следует заметить и относительно частичной дееспособности 14-летнего: тезис о его возможности самостоятельно защищать свои семейно-правовые интересы в суде не стыкуется с жестким перечнем субъектов, имеющих право на предъявление иска по ряду категорий семейных дел (о лишении или ограничении родительских прав, отмене усыновления¹⁸ и др.).

В то же время беспредельно усиливать позицию ребенка, конечно же, нельзя. Это, в том числе, касается и упоминавшихся аспектов. Так, введение правил о его согласии (с 10 лет) на установление отцовства или право на предъявление иска о лишении родительских прав (с 14 лет) отнюдь не бесспорно. От-

¹⁶ О. И. Ильина уточняет, что право ребенка любого возраста выражать свое мнение при решении в семье любого вопроса, затрагивающего его интересы, а также быть заслушанным в ходе соответствующего судебного или административного разбирательства, и право ребенка на учет его мнения – разные правовые категории. См.: Ильина О. Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. М.: Городец, 2006. С. 109.

¹⁷ См., например: Антокольская М. В. Семейное право. С. 245; Ильина О. Ю. Указ. соч. С. 107–110.

¹⁸ О предоставлении такого права по вопросу лишения родительских прав в литературе позитивные суждения высказываются. (См., например: Князева Е. В. Проблемы защиты прав несовершеннолетних // Семейное право на рубеже XX–XXI веков... С. 165.) Однако системности все же нет. Между тем очевидно, что инициатива в вопросах ограничения родительских прав и отмены усыновления является логическим продолжением «правовой цепочки» сходных казусов.

цовство зиждется на происхождении, то есть биологическая его составляющая значительна, хотя и не всеобъемлюща. Оно также юридически спаяно с позицией матери ребенка: уместно ли противопоставление ее решения об инициировании судебной фиксации отцовства и решения ребенка об отказе дать на это согласие? Неочевидно означенное активное участие несовершеннолетнего и в процессе о привлечении родителей (усыновителей) к семейно-правовой ответственности (лишению или ограничению родительских прав и т. п.).

В последнее время обращается внимание и на безразличие семейного закона к позиции детей усыновителей относительно факта усыновления. Так, О. Ю. Ильина полагает, что норму ст. 133 СК РФ следует изложить в иной редакции и адресовать ее также и к данным субъектам: «При усыновлении ребенка требуется согласие родных детей усыновителя, достигших возраста десяти лет»¹⁹. С одной стороны, интересы этих детей, конечно, должны учитываться. Тешим себя надеждой, что на практике это и происходит – в порядке подготовки дела к судебному слушанию. Однако, с другой стороны, введением данного правила мы вовлекаем себя в своеобразный юридический парадокс: поскольку правоотношения усыновления законом приравнены к родительским, возможна параллель с дачей согласия детьми на рождение у них братьев и сестер... Кроме того, не слишком ли тяжелое юридическое (психологическое, этическое) бремя мы возлагаем на 10-летнего ребенка, которого цивилистика (гражданское законодательство) не допускает к принятию сколько-нибудь значимых решений? Так или иначе дискуссия по всем вопросам увеличения объема семейной дееспособности, действительно, должна быть продолжена. Легких ответов здесь не предвидится.

В-третьих, серьезные сомнения вызывает право регионов законодательно регулировать отношения по снижению брачного возраста ниже федерального предела (16 лет). Возможно, норма СК РФ и была обусловлена национально-культурным фактором. Однако на практике, как известно, ситуация не такова: одни ре-

¹⁹ Ильина О. Ю. Интересы родных и приемных детей: проблема гармонизации и приоритета // Семейное право на рубеже XX–XI веков... С. 339–340.

гионы допускают 14-летний барьер, другие – 15-летний, третьи удовлетворяются федеральным правилом. Причем критерии уловить невозможно. Так, среди областей вокруг Москвы (где национальный фактор идентичен) в Московской, Владимирской, Калужской и др. – минимальный брачный возраст 14 лет, Рязанской, Тверской – 15 лет, а в Ярославской – 16 лет²⁰... Если же учесть, что вступление в брак влечет приобретение полной дееспособности, то такая «разноголосица» становится совершенно неприемлемой – это уровень Федерации. Значит, надо либо исключить альтернативу регионов, либо вернуть решение вопроса о снижении брачного возраста в СК РФ, и при этом ступенчато – до 16 лет, в особо исключительных случаях – до 14 лет (с перечислением оснований).

Стремление к корректному взаимодействию семейных правоспособности и дееспособности ребенка, констатация его «минидееспособности» с 6 (5, 7) и 10 лет неизбежно возвращает нас к дискуссии о возможности возложения на ребенка семейно-правовых обязанностей: подчиняться воле родителей (иных попечителей), их воспитательному воздействию. Категорическое отрицание таковой возможности – ввиду незрелости его самосознания и воли – вступает в очевидное противоречие с обозначенным ранее признанием способности 10-летнего ребенка определить собственную судьбу в вопросах о восстановлении в родительских правах, установлении усыновления и др. Да и обучение 7 (5, 6)-летнего ребенка в школе (соблюдение учебной дисциплины, выполнение заданий на уроках и дома и т. д.) вряд ли может квалифицироваться исключительно в качестве реализации его субъективного права.

Ключевой контраргумент данной гипотезе сводится, разумеется, к классическому представлению о признаках юридической

²⁰ Подробнее об этом см., например: Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. Ярославль.: ЯрГУ. 2009. С. 163–165. См. также: Куриленко О. Г. Регулирование брачного правоотношения по законодательству Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 13; Михеева Л. Ю. Десятилетний юбилей СК РФ: итоги и перспективы развития семейного законодательства // Семейное и жилищное право. 2007. № 1. С. 41; Антокольская М. В. Указ. соч. С. 133–134; и др.

обязанности – обеспеченности ее исполнения мерами государственного воздействия и последствии неисполнения – наступлении ответственности²¹. Однако, во-первых, санкции могут быть весьма различными, а последствия не сводятся к ответственности (существуют меры защиты, оперативного воздействия). Во-вторых, указанная «классика», выросшая все из той же суперцивилистики (гражданского права), не всегда работает (и не всегда должна работать) в сугубо личных отношениях, каковыми являются взаимодействия по поводу воспитания между родителями (попечителями) и детьми. Классические конструкции цивилистики, мягко говоря, далеко не всегда применимы к семейным отношениям, на что неоднократно указывалось цивилистами-семейноведами²². Да и «вмонтированность в юридическую материю» семьи²³ определенных нравственных постулатов полезна и очевидна²⁴. Современное российское право – не «военный строй на плацу», его формально-юридические каноны – не «священная корова»: если жизнь требует и подтверждает необходимость иных, особенных, технологий, следует к этому прислушиваться и отступать от традиции.

При этом еще О. С. Иоффе отмечал, что праву родителей на воспитание неизбежно корреспондирует обязанность детей подчиниться этому воспитательному воздействию²⁵, которое, кстати, может быть и в форме пассивного претерпевания (особенно у малолетних).

Решение же вопроса путем переноса в статусе родителей центра тяжести на аналогичную обязанность, с одной стороны, вроде бы гармонизирует ситуацию, однако, с другой стороны, чревато новыми затруднениями: становится неясной судьба пре-

²¹ Подробнее см., например: Темникова Н. А. Защита личных прав ребенка по семейному праву России. Омск: ОмЭИ, 2010. С. 66–67.

²² Подробно об этих взглядах см.: Тарусина Н. Н. Указ. соч. С. 5–62.

²³ Терминология и позиция Б. М. Гонгало. См.: Семейное право / под ред. П. В. Крашенинникова. М., 2007. С. 18.

²⁴ См., например: Робец А. М. Проблемы укрепления нравственных начал в нормах о личных неимущественных правах и обязанностях родителей и детей // Научные труды РАЮН. М., 2003. № 3. С. 162–163.

²⁵ См.: Иоффе О. С. Советское гражданское право. М., 1967. С. 238–239.

зумпции преимущественного права родителей на воспитание своего ребенка перед третьими лицами (не переводить же ее в ранг презумпции обязанности...); потребуется соответствующая замена терминов в СК РФ; «взрывается» механизм защиты родительской воспитательной позиции, так как судебным иском проецируется право, а не обязанность.

Таким образом, применительно к данному случаю конструкции семейной правосубъектности в целом и значительного ряда иных явлений семейно-правовой сферы с очевидностью все более актуализируется триединая задача: разумное, обоснованное сопротивление атаке со стороны технологий традиционного гражданского оборота; нахождение гармонии между «классической» цивилистики и «модерном» семейного права; «узаконение» для последнего особого юридического канона, вбирающего в себя контексты формальной конструкции, этики и обычая в соответствии со спецификой брака, семьи, родительства и иного попечительства над детьми, о чем размышляли еще цивилисты XIX века и к чему следует вернуться нам – с учетом, однако, новых знаний, новых тенденций и новых проблем.

Женщина и мужчина как субъекты правоотношений с семейным элементом*

Гендерный контекст правоотношений с семейным элементом¹ имеет в своей основе два противоположных начала: принцип **гендерного равенства** и **гендерной нейтральности** и принцип особой, дополнительной, **охраны материнства**. В XX в. их взаимодействие было крайне неровным, а вектор законодательных усилий направлялся в сторону эмансипации женщины, особенно в начале и середине столетия. В конце XX в. и начале XXI в. актуальность этой идеи несколько заретушировалась идеей противоположной – выравнивание семейных интересов мужчины, нейтрализация преимуществ и льгот женщины в тех случаях, когда это не диктуется сугубо объективными причинами.

В трудовоправовой сфере наиболее показателен в означенном плане институт лиц с семейными обязанностями, базирующийся на идее о том, что гарантии и льготы в равной мере должны быть предусмотрены как для матери, так и для отца, а принятие решения по вопросу их использования адресовано самой семье.

После ратификации Россией Конвенции МОТ № 156 «О равном обращении и равных возможностях для трудящихся мужчин и женщин: трудящихся с семейными обязанностями» стало возможным распространение льгот и гарантий, предусмотренных для матерей-одиночек, на одиноких отцов и лиц с семейными обязанностями. Но, несмотря на большой прорыв в данном на-

* Работа выполнена при поддержке Минобрнауки РФ в рамках задания № 6.4438.2011.

¹ В статье предлагаются размышления о таких модификациях субъектов, как «лица с семейными обязанностями» (трудоправовая сфера), «женщина и мужчина – субъекты брачного и родительского правоотношения» (семейно-правовая сфера). За ее пределами остаются вопросы о дискриминации женского труда, а также вопросы социального обеспечения субъектов правоотношений с семейным элементом, брачного и внебрачного родительства, споры о детях (вне контекста бракоразводного процесса).

правлении, путь до конца еще не пройден. Это подтверждается судебной практикой. В 2010 г. весьма показательным стало **Постановление Европейского Суда по правам человека (далее ЕСПЧ) от 07.10.2010 по делу «Константин Маркин против России»²**. Заявитель являлся военнослужащим. После развода с женой по решению суда трое детей остались жить с отцом. Заявитель обратился к начальнику воинской части с просьбой о предоставлении отпуска по уходу за ребенком до достижения возраста трех лет, однако ему было отказано, т. к. такой отпуск может быть предоставлен только военнослужащим-женщинам. В августе 2008 г. заявитель обратился в Конституционный Суд РФ, оспаривая неконституционность законоположений, касающихся трехлетнего отпуска по уходу за ребенком, однако определением Конституционного Суда РФ от 15.01.2009 г. в принятии к рассмотрению его жалобы было отказано. Ссылаясь на ст. 14 Конвенции о защите прав человека и основных свобод во взаимосвязи со ст. 8 Конвенции, заявитель пожаловался в ЕСПЧ на отказ предоставить ему отпуск по уходу за ребенком, утверждая, что отказ является дискриминацией по признаку пола.

Суд не убедили аргументы Конституционного Суда РФ о том, что разное отношение к военнослужащим-мужчинам и военнослужащим-женщинам в части предоставления отпуска по уходу за ребенком оправдано особой социальной ролью матерей в воспитании детей. В отличие от отпуска по беременности и родам отпуск по уходу за ребенком связан с последующим периодом и предназначен дать возможность заботиться о ребенке дома. В отношении этой роли оба родителя находятся в сходном положении. Тезис о том, что военная служба требует непрерывного исполнения обязанностей, а массовое получение военнослужащими-мужчинами отпусков по уходу за ребенком окажет негативное воздействие на боеготовность вооруженных сил также не был признан убедительным. В самом деле, отсутствуют экспертные оценки или

² Case of Konstantin Markin v. Russia, жалоба № 30078/06. URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=875216&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

статистические исследования числа военнослужащих-мужчин, которые могут претендовать на получение трехлетнего отпуска по уходу за ребенком и которые хотели бы его получить. Таким образом, Конституционный Суд РФ основал свое решение на чистом допущении. ЕСПЧ счел, что непредоставление военнослужащим-мужчинам права на отпуск по уходу за ребенком разумно не обосновано и постановил, что была нарушена ст. 14 Конвенции во взаимосвязи со ст. 8 Конвенции.

Полагаем, что позиция ЕСПЧ по данному делу заслуживает внимания: если РФ решила создать программу отпусков по уходу за ребенком, то последняя не должна носить дискриминационного характера, восприятие женщин как главных воспитателей детей является «гендерным предрассудком» (пункт 58 дела). К сожалению, вместо того чтобы устранить дискриминационную норму, Председатель Конституционного Суда России посчитал, что позиция ЕСПЧ по данному делу «прямым образом затрагивает национальный суверенитет, основополагающие конституционные принципы» и «Россия вправе выработать защитный механизм от таких решений». Попытку ЕСПЧ помочь российским гражданам добиться гендерно нейтральной нормы о специальных отпусках военнослужащих В. Зорькин назвал «навязыванием внешнего «дирижирования» правовой ситуацией в стране», которое игнорирует «историческую, культурную, социальную ситуацию». При этом он указал, что «таких «дирижеров» надо поправлять. Иногда самым решительным образом»³. Жесткая позиция России по данному делу повлекла передачу его в Большую палату. Что, по сути, перевело гендерный вопрос в политическую плоскость.

Предоставление преимуществ отдельным категориям лиц призвано сделать их конкурентоспособными на рынке труда, защитить наиболее уязвимых из них от произвола работодателя. А в защите, попадая в тяжелую жизненную ситуацию, нуждаются не только матери, но и другие члены семьи, которые наравне с женщиной обладают семейными обязанностями. Установление для работников с семейными обязанностями повышенного уров-

³ Зорькин В. Предел уступчивости. URL: <http://www.rg.ru/2010/10/29/zorkin.html>

ня защиты, в том числе и защиты от увольнения, направлено на обеспечение им действительно равных с другими гражданами возможностей для реализации прав и свобод в сфере труда, что обусловлено объективно существующими трудностями, связанными с воспитанием детей. Исторически на законодательном уровне матери и отцы в трудовом праве были не равны в правах. Даже сейчас, несмотря на ратификацию значительного числа международных актов, закрепляющих гендерное равноправие, вопрос равных возможностей лиц с семейными обязанностями остается актуальным для России.

Постановление Конституционного Суда РФ от 15 декабря 2011 г. № 28-П по делу о проверке конституционности ч. 4 ст. 261 ТК РФ в связи с жалобой гражданина А. Е. Остаева указало еще на один серьезный недостаток дискриминационного характера, состоящий в исключении многодетных работающих отцов из защищенной законом категории. Жалоба уволенного по сокращению гражданина А. Е. Остаева, отца троих малолетних детей, один из которых не достиг трехлетнего возраста, а другой является инвалидом, была направлена на проверку конституционности ч. 4 ст. 261 ТК РФ. А. Е. Остаев посчитал свое увольнение необоснованным и незаконным, указав, что запрет расторжения трудового договора по инициативе работодателя должен распространяться и на мужчин-отцов, имеющих детей в возрасте до трех лет (тем более в ситуации, когда мать, как в его случае, в связи с уходом за детьми, не работает). Отказывая в удовлетворении исковых требований, суд первой и второй инстанции указал, что истец не входит в круг лиц, которым предоставляется гарантия, предусмотренная ч. 4 ст. 261 ТК РФ.

Конституционный Суд признал данную норму не соответствующей Конституции России, (ст. 7, 19, 37 ч. 1) и 38 (ч. 1 и 2) в той мере, в какой в системе действующего правового регулирования она, запрещая увольнение по инициативе работодателя женщин, имеющих детей в возрасте до трех лет, и других лиц, воспитывающих детей указанного возраста без матери, исключает возможность пользоваться этой гарантией отцу, являющемуся единственным кормильцем в многодетной семье, воспитываю-

щей малолетних детей, в том числе ребенка в возрасте до трех лет, где мать в трудовых отношениях не состоит и занимается уходом за детьми.

На наш взгляд, данные два дела определенным образом связаны. Оба они основаны на отсутствии гендерной нейтральности отдельных норм российского законодательства и нарушении принципа равноправия. Да, Остаев, в отличие от Маркина, не являлся военнослужащим, но оба они являются многодетными отцами, которым российское законодательство не дало гарантий для того, чтобы в равной с матерями мере, как требует того Конвенция о правах ребенка, возлагающая на государство обязанность предпринимать все возможные усилия к тому, чтобы обеспечить признание принципа общей и одинаковой ответственности обоих родителей за воспитание и развитие ребенка, позаботиться о своей семье. Конституция РФ признает заботу о детях, их воспитание равным правом и обязанностью родителей (ст. 38, ч. 2). Полагаем абсолютно верным вывод Конституционного Суда о том, что на обоих родителей может распространяться и государственная поддержка, в которой нуждается семья, имеющая ребенка, не достигшего трехлетнего возраста, тем более если в такой семье воспитывается несколько малолетних детей.

В гендерной гармонизации нуждаются и нормы **семейного законодательства**. К числу самых ярких образцов-объектов таковой относятся институт брака и институт родительства. В первом наиболее актуализирована проблема юридического признания **моносексуальных союзов**, каковое, кстати, способно разрушить и традиционные представления о родительстве (а также усыновлении как отношении, юридически к нему приравненном).

Как известно, европейская тенденция в этом вопросе принципиально отличается от российской. Однако если в трудовую сферу подобное расхождение нами критиковалось, то в сфере брачно-правовой мы, напротив, солидарны с законодателем и Конституционным Судом РФ. Последний в своем определении «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Э. Мурзина на нарушение его конституционных прав пунктом 1 статьи 12 Семейного кодекса Российской Федерации» подтвер-

дил конституционность положения о браке как союзе мужчины и женщины, отметив, что ни из Конституции РФ, ни из принятых на себя Российской Федерацией международно-правовых обязательств «не вытекает обязанность государства по созданию условий для пропаганды, поддержки и признания союзов лиц одного пола, притом что само по себе отсутствие такой регистрации никак не влияет на уровень признания и гарантий в Российской Федерации прав и свобод заявителя как человека и гражданина». Суд также отметил, что в силу нормы ст. 23 Международного пакта о гражданских и политических правах право на вступление в брак и право основывать семью признается именно за мужчинами и женщинами, а норма ст. 12 Конвенции о защите прав человека и основных свобод прямо предусматривает возможность создания семьи в соответствии с национальным законодательством, поэтому ссылка заявителя на соответствующие европейские законы не может быть принята в качестве аргумента неконституционности закона российского⁴. В связи с юридическим признанием большинством европейских стран моносексуальных союзов, допущением для них налоговых льгот, права на семейное имущество, усыновление детей и т. п.⁵, дисгармонизация позиций ЕСПЧ Конституционного Суда РФ (а равно и российского семейного законодательства в целом), видимо, неизбежна.

Н. А. Алексеев подчеркивает, что дискриминация сексуальных меньшинств в семейных отношениях существует, хотя и имеет косвенный характер. Автор предлагает воспроизвести французскую модель «зарегистрированного партнерства» с последствиями, близкими браку (правом на совместную собственность или договорный ее режим, социальное обеспечение по семейному типу, иные льготы семье, кроме аналогий в области наследования и налогообложения)⁶. Этот вариант, с точки зрения Н. А. Алексеева, вызывает меньше споров и возраже-

⁴ См.: СПС КонсультантПлюс.

⁵ Подробнее об этом см., например: Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. М.: Проспект, 2010. С. 93–99.

⁶ Подробнее о данной модели см., например: Сивохина С. В. Понятие брака и условия его действительности в современном праве России и Франции: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2006. С. 119–126.

ний. В ГК РФ он будет поименован как «договор социально-экономического партнерства» и позволит придать однополым союзам легитимность. На следующем этапе либерализации законодательства автор предлагает корректировку разнополой сущности брака⁷. М. В. Антокольская также полагает, что институт зарегистрированного партнерства «представляется на первых порах оптимальным и для России»⁸.

Однако, во-первых, в отличие от указанного автором мы придерживаемся идеи о суверенной сущности семейного права и регулируемых им отношений, то есть не признаем гражданско-правовой природы любой семейной общности (в том числе, и фактического брака, о каковом речь пойдет далее)⁹. Во-вторых, мы имеем лишь относительную светскость идеологической сущности российской государственности: влияние православной церкви возрастает, как возрастает и объединенное влияние основных конфессий. Православие же и ислам полагают рассматриваемые отношения грехом.

В-третьих, с биологической точки зрения данные союзы не относятся к нормам человеческой природы. Допущение же для участников однополых партнерств приемного родительства, усыновления и иных прав в области попечения над детьми тем более представляется неприемлемым, так как образцы жизнедеятельности партнеров будут оказывать очевидное влияние на воспитуемого ребенка, в котором в большинстве случаев изначально заложены обычные природные потребности.

Что касается использования цивилистической конструкции договора для союзов с однополым акцентом, то поскольку гражданское законодательство традиционно допускает явление непоименованных соглашений (в пределах следования общим нача-

⁷ См.: Алексеев Н. А. Правовое регулирование положения сексуальных меньшинств. М., 2002. С. 214–221.

⁸ Антокольская М. В. Семейное право. М., 2010. С. 166.

⁹ Подробную аргументацию см.: Тарусина Н. Н. Семейное право... С. 4–45, 119–124. См. также: Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения (цивилистическое исследование). Ярославль, 2008. С. 8–33, 50–73; Тарусина Н. Н. Брак... С. 58–64, 75–93.

лам цивилистики), то возможности для заключения договоров о специальном партнерстве («товариществе») с разнообразными индивидуализирующими условиями вполне реальны. Другое дело, что апологеты моносексуальности настаивают на публичном и позитивном правовом закреплении их «особости» и равноправия с «традиционалистами».

Некоторые цивилисты совершенно обоснованно обращают внимание на другую сторону проблемы – факт **смены пола** одним из партнеров в существующем законном браке. В рамках юридического признания супружеской общностью только союза «двух противоположных сердец» данная ситуация вступает в очевидный конфликт с семейным законом. Д. И. Степанов квалифицирует такой преобразованный союз браком в состоянии «социальной смерти» и основанием к автоматическому прекращению брака после вынесения судебного решения об объявлении «умершим». М. Н. Малейна полагает это обстоятельство основанием для расторжения брака, допуская, впрочем, и его сохранение – в смысле специальной семейной общности с ведением совместного хозяйства, заботой об общих детях, без исполнения, однако, известной супружеской роли. Л. А. Смолина предлагает зафиксировать юридическую смерть однополого супружества путем прекращения брака без развода, выделив в законе самостоятельные к тому основания¹⁰. Последняя точка зрения представляется нам наиболее приемлемой, хотя и не отличающейся простотой реализации.

Актуализирована и проблема **брачной полигамии**. С одной стороны, Россия позиционируется как светское европейское государство. С другой стороны, ее восточная компонента всегда была значительной и наша семейно-правовая история знала допущения многоженства для магометан и даже полиандрии¹¹. С небольшой долей вероятности можно предположить успех оче-

¹⁰ Подробнее см.: Смолина Л. А. Правовое регулирование отношений супругов и бывших супругов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2006. С. 10–11.

¹¹ См.: Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 587.

редных попыток известного рода в национально-региональном контексте. «Проблема, по-видимому, – справедливо замечает М. В. Антокольская, – упирается в решение вопроса о том, в какой мере моногамный брак можно рассматривать в наше время в качестве универсальной ценности, имеющей внерелигиозное значение»¹². Действительно, европейские правовые композиции далеко не универсальны в мировом контексте. Тем более глобальная стандартизация на основе западных образцов невозможна в сфере семейно-правового (брачно-правового) регулирования, где плюралистичность, даже на региональном уровне, составляла и составляет правовую традицию. Поэтому допущение полигамии (полигинии, полиандрии) зависит от позиционирования российской правовой системы в цивилизационном пространстве, дискуссионного начала в обсуждении данного вопроса законодателями, тенденций развития юридической науки (в нашем случае семейного права). При этом следует заметить, что последний контекст постепенно либерализуется. Так, И. А. Трофимец в своей докторской диссертации замечает: «Дозволение многоженства удовлетворяло бы интересам не только мусульманского населения государств, но и тех лиц (как мужчин, так и женщин), которые приемлют данную модель брака (семьи)»¹³. (Впрочем, последняя часть тезиса, не несущая в себе национально-восточного «флера», вполне правомерно может быть оспорена в контексте гендерной нейтральности).

В двойном дискриминационном поле находится **фактический брак**. Первый аспект дискриминации гендерно нейтрален: фактический брак, являясь реальной разновидностью супружества и даже большим браком, чем законный¹⁴, не обеспечен юридическим признанием, в том числе семейно-правовой и судебной защи-

¹² Антокольская М. В. Семейное право. М., 1997. С. 121.

¹³ Трофимец И. А. Институт брака в России, государствах – участниках Содружества независимых государств и Балтии: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Хабаровск, 2011. С. 22.

¹⁴ Ибо совместное проживание, создание семейной общности ему присуще имманентно – в отличие от зарегистрированного супружества, где действует принцип свободы выбора места жительства каждым из супругов.

той интересов его участников. На это несправедливое, социально и этически необоснованное решение российского законодателя неоднократно указывалось в цивилистике, в том числе и одним из авторов настоящей статьи¹⁵.

Второй аспект гендерно проблемен: как правило, речь идет о незащищенности интересов российской женщины. Ее домашний труд – труд ежедневный, без выходных и праздников, и, безусловно, общественно полезный. При прекращении фактического супружества он не может быть справедливо оценен и учтен в имущественных позициях сторон в рамках гражданского законодательства, не приспособленного для регулирования подобных личных отношений. Потребность переноса вектора регулирования в сферу семейного законодательства давно назрела.

Правовое регулирование **расторжения брака** в основном гендерно симметрично за исключением прямого «дискриминационного» правила о запрете мужа возбуждать судебное дело о разводе во время беременности жены и в течение года после родов (ст. 17 СК РФ). Безусловно, данное правило направлено на выравнивание социальных позиций супругов и охрану интересов женщины-матери¹⁶. Однако запрет абсолютен, и это делает «гирию выравнивания» слишком тяжелой. Облегчить ее можно введением исключения из правила – для случаев установленного отцовства другого мужчины. Именно по этому пути пошло, например, белорусское законодательство (ст. 35 Кодекса о браке и семье).

Определенные гендерные диссонансы присутствуют в вопросах, сопровождающих **расторжение брака**. Так, некоторые исследователи полагают недостаточно обоснованным правило об обязанности мужа содержать жену (бывшую жену) в течение

¹⁵ Подробно о необходимости юридического признания фактического брака см.: Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. С. 130–157.

¹⁶ Впрочем, О. А. Хазова не без оснований сомневается в его реальном психологическом и социальном эффекте: ограничение является лишь формальным препятствием и едва ли ограждает женщину от переживаний. См.: Хазова О. А. Семейное законодательство: проблемы гендерного равенства // Гендерная экспертиза российского законодательства / под ред. Л. И. Завадской. М., 2001. С. 109.

ее беременности и трех лет после рождения общего ребенка (п. 2 ст. 89 СК РФ). Однако и здесь, на наш взгляд, происходит разумное и справедливое льготирование второй половины гендерной пары в особой жизненной ситуации, сопровождающейся как бы специальной нуждаемостью (необходимостью в дополнительном питании, медицинском обслуживании, одежде и т. д.). О. А. Хазова резонно полагает, что ситуация на самом деле должна быть дифференцированной: в одном случае осуществляется помощь будущей и/или состоявшейся женщине-матери (до 1 года ребенку), в другом – речь идет о трудоспособной женщине; эту последнюю позицию следует рассматривать как право на алименты «лица с семейными обязанностями», так как в этот период уходом за ребенком может заниматься и муж – стереотипы о материнстве не всегда срабатывают¹⁷.

В то же время автор обращает внимание на недостаточную защищенность женщины (как правило, женщины), отказавшейся от профессиональной карьеры и посвятившей себя семье: при расторжении брака такая формально трудоспособная «лучшая половина» может и чаще всего оказывается в тяжелом положении – ей нужно найти работу, приобрести квалификацию и т. д., то есть социально и экономически акклиматизироваться. Справедливо было бы возложить обязанность по ее материальной поддержке на экономически более сильного партнера (бывшего партнера) на период указанной социальной адаптации, соответствующим образом расширив возможности норм ст. 89 и 90 СК РФ. Именно по этому пути социального компромисса пошли многие европейские страны¹⁸.

Вторым вопросом, сопровождающим расторжение брака (или фактическое его прекращение), является судьба супружеской собственности. Излишне широкое поле возможностей в выборе режимов по брачному договору (вплоть до разделъ-

¹⁷ См.: Хазова О. А. Указ. соч. С. 113.

¹⁸ См.: Там же. С. 119–120.

См. также: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств / под ред. В. В. Залесского. М., 2005. С. 109–115.

ного), как мы уже неоднократно отмечали¹⁹, во-первых, может прийти в противоречие с положениями ст. 1 СК РФ, во-вторых, «ударить по карману» одного из супругов (как правило, женщины), не имевшего достаточного личного дохода в браке в связи с занятостью в домашнем хозяйстве или по иным уважительным причинам. Доминирование в брачном договоре гражданско-правового контекста пагубно, на наш взгляд, сказывается на обеспечении и охране социально значимых интересов более «слабого» партнера и общих несовершеннолетних детей. Вариативность содержания брачного договора, являясь в целом благом, должна быть скоррелирована с защитными механизмами законного режима, тем более что тенденции ограничения свободы рассматриваемого института наблюдаются в ряде европейских стран, например, по типу «базового режима». По признанию М. В. Антокольской, эти ограничения свободы брачного договора, как правило, гораздо значительнее, чем в России²⁰.

Третьим вопросом, сопровождающим развод и *de jure*, и *de facto*, является определение судьбы ребенка – места его жительства (ст. 24 СК РФ) и общения с ним «разлученного» родителя. Формально позиция закона гендерно нейтральна. Однако, как известно, судебная практика опирается на правоприменительную презумпцию оставления ребенка (прежде всего малолетнего ребенка) у матери²¹. Поскольку весьма резонно предлагается ввести в семейное законодательство конструкцию «статус отдельно проживающего родителя (усеченный статус)»²², пропасть фактического неравенства бывших супругов-родителей увеличивается. Гендерная нейтрализация в этой области возможна лишь на ниве совершенствования судебной практики,

¹⁹ См.: Тарусина Н. Н. Семейное право... С. 363–368.

²⁰ См.: Антокольская М. В. Семейное право. М., 2010. С. 223–224.

²¹ См., например: Нечаева А. М. Споры о детях. М., 1989. С. 14–27; Ильина О. Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. М., 2006. С. 57–58; Тарусина Н. Н. Семейное право... С. 511–514; Антокольская М. В. Указ. соч. С. 271–272; и др.

²² См.: Громоздина М. В. Осуществление родительских прав при раздельном проживании родителей по законодательству Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 15.

определенной социализации (или дополнительной профессиональной подготовки) судей²³.

Жанр данного сочинения не позволяет охватить весь спектр гендерных контекстов правоотношений с семейным элементом. Однако позволяет вывести заключение о том, что в последние годы и на ближайшую перспективу эти контексты актуализированы, при этом гендерная нейтрализация не должна являться самоцелью, а взаимодействие европейских и наших позиций в этом вопросе отнюдь не всегда безоблачно – в силу «восточной тонкости» западной по своему вектору российской цивилизации.

²³ Подробнее об этом см., например: Тарусина Н. Н. Семейное право... С. 541–548.

Субъекты трудового правоотношения: проблемы теории

Прежде чем перейти к проблемам теории субъектов трудового правоотношения, необходимо определиться с самим *понятием субъекта правоотношения*. Это касается как его общеправового, так и отраслевого аспектов¹. Начнем с того, что понятие «субъект права» в общеправовом значении охватывает как потенциальную возможность участвовать в правоотношениях, так и реальное участие в них². Именно наличие субъективных прав и юридических обязанностей превращает абстрактного «субъекта права», только способного их иметь, в конкретного «субъекта правоотношения». Отметим, что «субъект права» совмещает в себе как конкретные проявления (физические лица и их организации, имеющие индивидуализирующие признаки), так и определенный уровень абстракции (не человек во всей полноте его проявлений, а только как носитель способности иметь и своими действиями осуществлять права и обязанности или как организация – юридическое лицо, что является абстракцией и проявляется только через его представителей – физических лиц).

¹ Отметим, что субъекты трудового правоотношения крайне редко рассматривались в единстве, чаще всего речь шла отдельно о работнике и работодателе. Исключения достаточно невелики, см., например: Драчук М. А. Субъекты трудового права: дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2002; Ее же. Субъекты трудового права. Омск, 2009; Зайцева О. Б. Трудовая правосубъектность как правовая категория. Оренбург, 2006; Ее же. Трудовая правосубъектность как юридическая категория и ее значение в правовом регулировании трудовых отношений: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2008; Скобелкин В. Н. Трудовые правоотношения. М., 1999; Федорова М. Ю. Субъекты трудовых правоотношений: дис. ... канд. юрид. наук. 1991; Черноморченко Н. П. Субъекты советского трудового права: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1968 и др.

² См.: Кечебян С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1958. С. 84; Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 114–115.

В теории права под субъектами правоотношения подразумеваются люди и их организации (объединения), выступающие как носители предусмотренных законами государства прав и обязанностей. При этом организации в качестве субъектов правоотношений всегда представляют конкретные люди³. Иная, абстрактная, позитивистская трактовка субъекта ныне утратила свое значение и критиковалась еще русскими дореволюционными юристами. Так, Г. Еллинек определял субъекты в юридическом смысле не как существа или субстанции, а как данные из вне, созданные волею правопорядка способности⁴. Такое абстрактное определение не находило и не находит поддержки подавляющего большинства исследователей.

Субъектами трудового правоотношения являются его участники, в качестве которых выступают работник и работодатель, что прямо вытекает из содержания ст. 15 и ст. 20 ТК РФ. В. М. Лебедев в качестве одного из субъектов называет и коллектив работников, ссылаясь, в частности, на исторический опыт и содержание ст. 30 КЗоТ РСФСР 1922 г.⁵ Ранее о трудовом коллективе как субъекте особого коллективно-трудоого правоотношения писали и другие ученые, в частности С. А. Иванов и Р. З. Лившиц⁶. Не вдаваясь в подробности, отметим, что мы не видим оснований для такого расширения субъектного состава ни в законодательстве (ст. 15, 20, 56, 57 ТК РФ и др.), ни в теории. Однако работники (представители работников) могут быть субъектом иных непосредственно связанных с трудовыми отношений (ст. 1, 23 ТК РФ и др.). Уточним, что в этой части необходимо разделять такие понятия, как субъекты собственно трудового правоотношения и субъекты иных (в т. ч. трудового) отраслевых правоотношений с учетом структуры предмета трудового права. Первые из них уже по содержанию и по сути являются частным

³ См.: Архипов С. И. Субъекты права: теоретическое исследование. СПб., 2004. С. 16 и далее; Мицкевич А. В. Субъекты советского права. М., 1962. С. 5; Шершеневич Г. Ф. Общая теория права: в 2 т. Т. 2. М., 1995. С. 168 (по изд. 1912).

⁴ Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 1908. С. 123.

⁵ См.: Трудовое право / под ред. В. М. Лебедева. М., 2011. С. 28.

⁶ См.: Иванов С. А., Лившиц Р. З., Орловский Ю. П. Советское трудовое право: вопросы теории. М., 1978. С. 110–113, 282–313.

видом субъектов трудовых правоотношений (к числу которых относятся, помимо работника и работодателя, также профсоюзы, объединения работодателей, КТС и др.), т. е. соотносятся как видовое и родовое понятия.

Не любой субъект (человек или объединение людей) может стать субъектом трудового правоотношения. Для этого он должен обладать *трудовой (отраслевой) правосубъектностью*. Очевидно, что наравне с правовыми нормами и юридическими фактами наличие правосубъектных лиц является основанием и условием возникновения трудового правоотношения. Не вдаваясь в дискуссию, укажем, что в трудовом праве (в силу личного фактора трудовых отношений) нет смысла делить ее на правоспособность и дееспособность и можно именовать, вслед за Н. Г. Александровым, трудовой праводеспособностью⁷. Термин «правосубъектность» кажется нам более адекватным для обозначения способности быть субъектом трудового правоотношения. При этом мы не претендуем на общетеоретические обобщения, тем более что разброс мнений теоретиков на этот счет порой не поддается рациональному охвату. В дальнейшем речь пойдет именно об отраслевых юридических конструкциях с опорой прежде всего на теорию трудового права. В этой связи в нашу задачу входит определение общих теоретических и методологических подходов к трудовой правосубъектности.

При всем разнообразии подходов к этому понятию можно выделить два основных:

1. Трактовка ее как правоотношения (правового состояния) либо как субъективного права. Наиболее известным из ученых-трудовиков приверженцем этой теории был Б. К. Бегичев, который выделял трудовые правоспособность и дееспособность. Он считал, что трудовую правоспособность образует определенный круг прав и обязанностей. Речь шла об абсолютном правоотношении, о положении субъекта в отношении всех третьих лиц. Он не отрицал, что правоспособность выступает предпосылкой конкретного правоотношения. Но коль скоро дозволение совершать юридически значимые действия предоставляется лицу государством при помощи

⁷ См.: Александров Н. Г. Трудовое правоотношение. М., 1948. С. 172.

наделения его известными правами и возложениями юридических обязанностей, то и правоспособность следует характеризовать через определенного круга прав и обязанностей⁸. Даже в советский период такая трактовка была более чем спорной. Она опиралась на то, что практически все трудовые права и обязанности устанавливались в централизованном порядке. В настоящее время ее можно признать явно не соответствующей правовым реалиям. Однако ст. 20 и 63 ТК РФ, разграничивающие лиц, подписывающих трудовой договор и вступающих в трудовые отношения (соответственно родители и опекуны, с одной стороны, недееспособные и малолетние, с другой стороны), создают предпосылку для разделения трудовой правоспособности и дееспособности.

2. Определение трудовой правосубъектности как предпосылки и условия возникновения правоотношения как «права на право», т. е. способности иметь и своими действиями приобретать и осуществлять субъективные права и юридические обязанности. Н. Г. Александров удачно определил содержание правоспособности кругом действий, которые дозволены лицу государством и влекут юридические последствия⁹. В советский и постсоветский периоды этот подход являлся ведущим¹⁰, и в настоящее время на наш взгляд, он наиболее актуален. Можно согласиться с цивилистом О. А. Красавчиковым, который указывал, что главное в понятии правоспособности следует усмотреть не в «праве», а в «способности»¹¹. В общей теории права правосубъектность тра-

⁸ См.: Бегичев Б. К. Трудовая правоспособность советских граждан. М., 1972. С. 83, 91 и др.

⁹ См.: Александров Н. Г. Трудовое правоотношение. С. 165.

¹⁰ См.: Бондаренко Э. Н. Юридические факты в трудовом правоотношении. Барнаул, 2005. С. 32–33; Гейхман В. Л., Дмитриева И. К. Трудовое право. М., 2011. С. 95; Гинцбург Л. Я. Социалистическое трудовое правоотношение. М., 1977. С. 186; Зайцева О. Б. Трудовая правосубъектность как правовая категория. Оренбург, 2006. С. 55–56; Лебедев В. М. Трудовое право: проблемы общей части. Томск, 1998. С. 77; Скобелкин В. Н. Трудовые правоотношения. М., 1999. С. 152; Трудовое право России / под ред. С. Ю. Головиной, М. В. Молодцова. М., 2008. С. 81; Черноморченко Н. П. Субъекты советского трудового права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1968. С. 5 и др.

¹¹ См.: Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1958. С. 39.

диционно связывают с абстрактной способностью (возможностью) субъектов права (людей, их коллективов и организаций) быть участниками правоотношений, носителями конкретных прав и обязанностей¹². Белорусскими учеными она удачно определяется как «исходные условия правовой активности лица»¹³.

Очевидно, что перечень субъективных прав и обязанностей устанавливается не только в централизованном порядке для всех субъектов и известен до возникновения правоотношения, но и в коллективно-договорном, локальном, а также индивидуально-договорном порядке в отношении конкретных субъектов. Но их изменение меняет трудовую статус, а правосубъектность как абстрактная возможность остается неизменной. Деликтоспособность, на наш взгляд, имплицитно присуща дееспособности (в нашем случае правосубъектности). К тому же мы определяем трудовую ответственность через обязанность претерпевать неблагоприятные последствия¹⁴. Соответственно, способность нести ответственность покрывается способностью исполнять обязанности. Это позволяет нам не выделять специально деликтоспособность в структуре правосубъектности.

При классификации видов отраслевой правосубъектности целесообразно выделить: 1) общую (общеправовую), предполагающую возможность иметь трудовые права и обязанности в силу наличия общих оснований правосубъектности; 2) специальную, позволяющую иметь только определенные, ограниченные или не в полном объеме трудовые права и обязанности¹⁵. Это относится

¹² См.: Карташов В. Н. Теория правовой системы общества: в 2 т. Т. 1. Ярославль, 2005. С. 484; Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. М., 2001. С. 510 и др.

¹³ См.: Курс трудового права: Общая часть / под ред. О. С. Курылевой, К. Л. Томашевского. Минск, 2010. С. 306.

¹⁴ См.: Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права: в 2 т. Т. 2. М., 2009. С. 712–727 и далее.

¹⁵ С. С. Алексеев выделяет и отдельную общую правосубъектность как способность лица в рамках данной политической и правовой системы быть субъектом права вообще (см.: Алексеев С. С. Общая теория права. М., 2008. С. 383). Однако в правовом смысле это не более чем предпосылка отраслевой правосубъектности, которой она и поглощается. Ее политическая составляющая не имеет правового значения.

прежде всего к несовершеннолетним и инвалидам. В отношении работодателей – юридических лиц есть некоторые основания говорить о специальной работодательской правосубъектности государственных (муниципальных) унитарных предприятий, организаций, финансируемых за счет средств собственника, государственных органов в отношениях с государственными служащими и др. Но при этом можно вполне ограничиться указанием на общую и специальную правосубъектность (дееспособность) юридических лиц. Наличие дополнительных требований (документов об образовании или специального права для работников, лицензии или разрешения для работодателей и др.) не порождает нового вида правосубъектности и разрешимо в рамках дифференциации.

Еще одной методологической проблемой является определение *правового статуса субъекта трудового правоотношения*. В этом контексте можно выделить три позиции:

1. Отождествления трудовой правосубъектности и трудового правового статуса¹⁶. Такая позиция как с теоретической, так и с практической точки зрения в настоящее время не обоснована. Очевидно, что способность иметь права и нести обязанности (правосубъектность) не может быть отождествлена с наличием субъективных прав и юридических обязанностей. Можно иметь первую, но не иметь вторых. Работник может уволиться с работы или, будучи правосубъектным, не вступать в трудовые отношения, благо уголовная ответственность за тунеядство отсутствует. Аналогично юридическое лицо может обойтись без наемных работников, ограничившись заключением гражданско-правовых договоров. При этом они не утратят трудовой правосубъектности, но не приобретут трудового правового статуса. Мы исходим из того, что правосубъектность является только предпосылкой возникновения правового статуса, но не входит в него.

¹⁶ См.: Андреев В. С. Общественные фонды потребления и право граждан СССР на материальное обеспечение в старости и при нетрудоспособности // Труды ВЮЗИ. Т. 3. М., 1965. С. 162; Бегичев Б. К. Указ. соч. С. 74; Жильцов М. А. Правосубъектность организации как работодателя: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2000. С. 12; Фоменко Н. А. Понятие и юридическое содержание трудовой правосубъектности // Проблемы гражданского права и процесса: сб. Иркутск, 1970. С. 200–211 и др.

2. Включение в правовой статус, в соответствии с общетеоретическими подходами, обширного числа юридических элементов. Наряду с правосубъектностью это права, свободы, законные интересы, юридическая ответственность, обязанности, правовые гарантии и др.¹⁷ Ряд ученых-трудовиков также стали включать в понятие трудового статуса следующие элементы: трудовую правосубъектность, основные трудовые права и обязанности, юридические гарантии этих основных прав и обязанностей, предусмотренную трудовым законодательством ответственность за нарушение трудовых прав¹⁸. В отношении работников такая позиция находит особенно активную поддержку. Против такой точки зрения высказался целый ряд ученых-трудовиков, в том числе В. М. Лебедев и Л. А. Сыроватская. Они справедливо утверждают, что гарантии и ответственность являются самостоятельными категориями, а включение в содержание статуса субъекта едва ли не большей части трудового права снимает вопрос о его защите средствами трудового права¹⁹. Очевидно, что явно излишнее понятийное расширение, объединяющее разнородные правовые явления и размывающее сущность правового статуса, не имеет ни теоретического значения, ни практической пользы. Оно необоснованно покрывает значительную часть предмета трудового права.

Некоторые исследователи занимают компромиссную позицию, резко уменьшая число составляющих правового статуса до отраслевой правосубъектности, субъективных прав и обязанностей и юридических гарантий прав субъектов²⁰. Последний эле-

¹⁷ В теории права дискуссионным является даже определение примерного перечня элементов правового статуса (см.: например: Карташов В. Н. Указ. соч. С. 484–485).

¹⁸ См., например: Гусов К. Н., Толкунова В. Н. Трудовое право России. М., 2003. С. 75; Еремина С. Н., Степанова Е. А. Трудовое право. Ростов-н/Д., 2009. С. 25; Трудовое право / под ред. О. В. Смирнова, И. О. Снигиревой. М., 2007. С. 76 (автор главы – О. В. Смирнов); Трудовое право России / под ред. С. Ю. Головиной, М. В. Молодцова. М., 2008. С. 79–81; Трудовое право России / под ред. А. М. Куренного. М., 2004. С. 96 (автор главы – И. К. Дмитриева).

¹⁹ См.: Лебедев В. М. Трудовое право: проблемы общей части. Томск, 1998. С. 88; Сыроватская Л. А. Трудовое право. М., 1998. С. 62–63.

²⁰ См.: Зайцева О. Б. Трудовая правосубъектность как правовая категория. С. 38, 41.

мент явно излишний, относящийся уже не к правовому статусу, а к правореализации и правоприменению.

3. Традиционно под правовым статусом определялся круг субъективных прав и обязанностей субъекта при его вступлении в правоотношение²¹. Л. А. Сыроватская, помимо основных прав и обязанностей, включала в правовой статус еще и праводеспособность²². В. М. Лебедев статику статуса (модуса) субъекта видит через совокупность следующих составляющих: правосубъектность, основные права и обязанности, свободы, нашедшие закрепление в законе. Динамический аспект статуса (модуса) субъекта составляют его правовое сознание, правовая культура на соответствующем уровне (общественном, коллективном, индивидуальном)²³. Статика данного статуса и представляет, собственно, трудовую статус, а его динамика, на наш взгляд, влияет на него, но не может быть составным элементом. Мы являемся сторонниками трактовки правового статуса как совокупности субъективных прав, свобод, законных интересов и обязанностей субъектов трудового правоотношения. В данной трактовке это правовое явление приобретает однородность и становится важной характеристикой субъектов трудового правоотношения. Правовой статус является подвижным и динамичным, меняется в

²¹ См.: Александров Н. Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. М., 1961. С. 232. Этот ученый включал в правовой статус субъективные права, предоставляемые субъекту после вступления в правоотношения, юридические обязанности, которые могут быть возложены на субъекта в данном правоотношении, а также общие запреты совершать действия известного рода. На наш взгляд, запрет совершать действия можно отнести к негативному обязыванию, в связи с чем правовой статус можно определить как круг субъективных прав и обязанностей субъекта при его вступлении в правоотношения. Сам Н. Г. Александров общие запреты совершать действия известного рода считал потенциальными и эвентуальными обязанностями, остающимися вне конкретного правоотношения, но входящими в состав правового статуса. Эту позицию в целом разделяли многие отечественные специалисты в области теории права (А. В. Мицкевич, А. Ф. Шибанов, Л. С. Явич и др.).

²² См.: Сыроватская Л. А. Трудовое право. М., 1998. С. 67.

²³ См.: Лебедев В. М. и др. Современное трудовое право. Кн. 1. М., 2007. С. 197–200, 218.

соответствии с изменением содержания договоров о труде и локальных актов.

4. До сих пор остается дискуссионным вопрос, входит ли трудовая правосубъектность в состав трудового статуса. Их генетическая связь неразрывна и первая является необходимой предпосылкой второго. Без правосубъектности правовой статус немислим. Но если правосубъектность характеризует свойства субъекта и в этом плане «субъективна» (акцент на «способность (субъектность)»), то правовой статус связан и с правовыми реальностями: нормами законов, подзаконных актов, коллективных договоров, соглашений, юридическими фактами (акцент на «права», их конкретную совокупность) и др. В целом они соотносятся как предпосылка и следствие. В конце концов, без наступления юридического факта (фактов) не возникнет правоотношение, но это не основание для включения юридических фактов в структуру правоотношения. Кроме того, по этой логике любое правосубъектное лицо окажется обладателем некоего «составного элемента (усеченного состава)» правового статуса, не имея его в целом. В этой связи целесообразно правосубъектность и правовой статус рассматривать как самостоятельные правовые явления. Данная позиция поддерживается и другими исследователями²⁴.

С этим связана классификация видов отраслевого статуса:

1. Общий (общеотраслевой), определяемый для всех субъектов правоотношений в централизованном порядке (на уровне законов и подзаконных актов).

2. Специальный, определяемый, помимо предыдущего уровня, на договорном и локальном уровнях. Это статус работников и работодателей в конкретных отраслях хозяйства (транспорт, медицина и др.) или на определенной территории (Крайний Север, Ярославская область и др.). Этот статус связан с объективной дифференциацией.

3. Индивидуальный, т. е. конкретного работника и конкретного работодателя, вступивших в трудовые правоотношения. В данном случае это связано с субъектной дифференциацией и ин-

²⁴ См., например: Курс трудового права: Общая часть / под ред. О. С. Курылевой, К. Л. Томашевского. Минск, 2010. С. 310.

дивидуализацией, важной ролью локального и индивидуально-договорного регулирования.

В качестве выводов можно отметить следующее:

1. Трудовую правосубъектность можно традиционно определить как предпосылку и условия возникновения трудового правоотношения, как «права на право», т. е. способности иметь и своими действиями приобретать и осуществлять субъективные права и юридические обязанности. Нам не кажется целесообразным выделять специально деликтоспособность в структуре правосубъектности. При классификации видов отраслевой правосубъектности можно обособить: 1) общую (общеправовую), предполагающую возможность иметь трудовые права и обязанности в силу наличия общих оснований правосубъектности; 2) специальную, позволяющую иметь только определенные, ограниченные или не в полном объеме трудовые права и обязанности.

2. Мы являемся сторонниками трактовки правового статуса как совокупности субъективных прав, свобод, законных интересов и обязанностей субъектов трудового правоотношения. С этим связана классификация видов отраслевого статуса: общий (общеправовой), специальный, индивидуальный²⁵. При этом правосубъектность и правовой статус являются взаимосвязанными, но различными правовыми явлениями.

²⁵ См.: Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права: В 2 т. Т. 1. М., 2009. С. 756–762.

Субъекты трудового правоотношения: попытка формально-логического анализа понятийного аппарата*

В науке является практически общепризнанным положение, что «юридические дефиниции... раскрывают содержание правовых понятий»¹. По своей логической природе дефиниция представляет собой логический приём, суть которого заключается в раскрытии содержания понятия. Это значит, что содержание понятия уже должно быть определено. В идеале любое юридическое понятие, то есть понятие, используемое в процессе правоприменительной деятельности, должно быть ясным и чётким. Однако на практике так бывает далеко не всегда. Зачастую законодатель включает понятия, смысл которых сам до конца не понимает, и вся работа по окончательному определению их смысла ложится на правоприменителя. Таким образом, дефинитивные предписания представляют собой разновидность нетипичных нормативно-правовых предписаний. При дальнейшем анализе мы будем исходить из того, что дефинитивные предписания представляют собой вспомогательные нетипичные нормативно-правовые предписания, функция которых заключается в определении значения понятий, используемых в нормативном акте.

Попытаемся с использованием формально-логического инструментария изучить понятийный аппарат, относящийся к субъектам трудового правоотношения. Вряд ли может вызвать сомнение, что главными понятиями в рамках этого понятийного аппарата являются категории работника и работодателя. Юридические дефиниции понятий даны в статье 20 ТК РФ и на первый взгляд являются достаточно простыми:

* Статья подготовлена при поддержке гранта Российского государственного научного фонда № 11-33-00335а2.

¹ Карташов В. Н. Теория государства и права: Начальный курс. 2-е изд., перераб. и доп. Кострома, 2002. С. 58.

«Работник – физическое лицо, вступившее в трудовые отношения с работодателем»;

«Работодатель – физическое лицо либо юридическое лицо (организация), вступившее в трудовые отношения с работником».

Знакомый с логикой читатель, возможно, сразу укажет на ошибку «круга в определении», когда одно понятие раскрывается через другое, а то, в свою очередь, через это же ранее определённое понятие². В действительности, указанной ошибки здесь нет ввиду того, что понятия «работник» и «работодатель» являются соотносительными, то есть такими понятиями, которые друг без друга не мыслятся и, как правило, друг через друга определяются (аналогично понятиям «родители» – «дети», «причина» – «следствие» и т. п.).

В современных работах по логике обоснованно указывается, что содержание соотносительных понятий представляет собой наличие или отсутствие отношения определяемых понятий к другим связанным с ними понятиям³. Соотносительные понятия с необходимостью должны раскрываться через более абстрактное понятие, которое и выражает суть отношения между ними.

Попытаемся вывести это более абстрактное понятие из анализируемых определений. Отношением, связывающим понятия «работник» и «работодатель», является, согласно определению, вступление этих лиц в трудовые отношения (и работник, и работодатель – это «лицо, вступившее в трудовые отношения»). Соответственно, мы выходим на более абстрактное по отношению к понятиям «работник» и «работодатель» понятие «трудовое правоотношение». Однако анализ юридической дефиниции данного понятия вызывает ряд вопросов. Согласно статье 15 ТК РФ «трудовые отношения – отношения, основанные на соглашении между работником и работодателем о личном выполнении работником за плату трудовой функции (работы по должности в соответствии со штатным расписанием, профессии, специально-

² См. об этом: Кириллов В. И., Старченко А. А. Логика: учебник для юридических вузов. 5-е изд-е, перераб. и доп. М.: Юристъ, 2006. С. 51; Демидов И. В. Логика: учебник. М.: Дашков и К, 2004. С. 76.

³ См. об этом, напр.: Ивлев Ю. В. Логика: учебник. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2005. С. 152.

сти с указанием квалификации; конкретного вида поручаемой работнику работы), подчинении работника правилам внутреннего трудового распорядка при обеспечении работодателем условий труда, предусмотренных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами, трудовым договором».

Данная дефиниция достаточно сложна по своей природе. Законодатель указывает, что трудовые отношения представляют собой отношения, основанные на определённом соглашении между работником и работодателем. Далее он определяет признаки данного соглашения, которые сводятся к тому, по поводу чего данное соглашение заключается (то есть к конкретным действиям, относительно которых договариваются стороны). Следует обратить внимание и на то, что в рамках этой дефиниции помещено определение трудовой функции, что ещё более осложняет определение.

Естественно, следует обратить внимание и на сильное сходство определений трудового правоотношения в статье 15 ТК РФ и трудового договора в части 1 статьи 56 ТК РФ. Схожесть определений в значительной степени обусловлена и схожестью самих определяемых понятий. Однако, как мы видим, законодатель в статье 15 ТК РФ определяет трудовое правоотношение именно через трудовой договор, то есть как отношение, основанное на трудовом договоре (иных оснований для возникновения трудового правоотношения действующее законодательство не предусматривает). В этом контексте решение законодателя по сути дать ещё одно определение трудовому договору в статье 15 ТК РФ вряд ли можно признать обоснованным по следующим причинам.

Во-первых, налицо дублирование дефинитивных предписаний в разных предписаниях кодекса (что особенно ярко проявляется в двойном закреплении определения понятия «трудовая функция» в статье 15 и в пункте 2 части 1 статьи 57 ТК РФ). Подобное дублирование нам представляется нецелесообразным.

Во-вторых, в дублируемых предписаниях налицо серьёзные различия, способные ввести в заблуждение правоприменителя.

Так, если в дефиниции трудового договора в части 1 статьи 56 ТК РФ содержится указание на две вытекающие из трудового договора обязанности работника и три обязанности работодателя, то в определении статьи 15 ТК РФ содержится указание на две обязанности работника и только одну обязанность работодателя (обязанности работодателя предоставить работнику работу по обусловленной трудовой функции, а также своевременно и в полном размере выплачивать работнику заработную плату исчезли, хотя указание на возмездный характер труда работника имеется).

В качестве гипотезы можно высказать предположение, что так произошло потому, что определения статьи 15 и части 1 статьи 56 ТК РФ готовились разными людьми, которые по-разному понимали обязанность работодателя обеспечить установленные условия труда (а именно в определении трудового правоотношения она формулировалась в широком смысле, как включающая в себя все остальные обязанности работодателя в рамках трудовых отношений, а в определении трудового договора она формулировалась в узком смысле, наряду с двумя остальными ключевыми обязанностями). Однако согласно правилам трактовки нормативных актов (которые вполне сочетаются с логическими принципами и здравым смыслом), если оно не оговорено, термины и лексические обороты, употребляемые в нормативном акте, должны пониматься единообразно. В результате налицо коллизия между двумя фундаментальными определениями Трудового кодекса.

Ещё одним недостатком определения статьи 15 ТК РФ можно назвать использование законодателем оборота «при обеспечении работодателем условий труда...» после перечисления обязанностей работника. Данный оборот можно трактовать двояко: с одной стороны, как обязанности работодателя, сопутствующие обязанностям работника, с другой стороны, как обязанности работодателя, исполнение которых является *условием* для исполнения работником своих обязанностей. Вторая трактовка способна только ввести в заблуждение работников и правоприменителей, особенно если учесть, что трудовое законодательство предусматривает возможность самозащиты работника в форме отказа от исполнения трудовых обязанностей.

Возвращаясь к понятийному аппарату, включающему понятия «работника» и «работодателя», можно констатировать следующую его структуру: понятия «работник» и «работодатель» являются соотносительными и, соответственно, раскрываются через более абстрактное понятие, которое выражает суть отношения между ними – понятие «трудовое правоотношение». Само же понятие «трудовое правоотношение», в свою очередь, раскрывается через категорию «трудовой договор» (как отношение, основанное на трудовом договоре).

По нашему мнению, подобная структура понятийного аппарата является необоснованно усложнённой. Обратим внимание на то, что признаком, выражающим суть отношения между соотносительными понятиями «работник» и «работодатель», является, согласно легальным дефинициям этих понятий, вступление данных субъектов в трудовые отношения друг с другом. Причём законодатель говорит не о факте нахождения субъектов в трудовых отношениях, а о факте *вступления* в эти отношения. Однако вступить в трудовые отношения, не заключив трудовой договор, действующее законодательство не позволяет (при этом необходимо помнить, что под заключением трудового договора понимается и так называемое фактическое допущение работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя). Соответственно, задачи дефиниции решаются гораздо более эффективно, если в качестве более абстрактного понятия, выражающего суть отношений между соотносительными понятиями «работник» и «работодатель», взять не «трудовое отношение», а «трудовой договор».

Таким образом, получаются следующие определения:

«Работник – это физическое лицо, заключившее трудовой договор с работодателем»;

«Работодатель – это физическое лицо либо юридическое лицо (организация), заключившее трудовой договор с работником».

Следует также отметить, что в статье 20 ТК РФ содержится ряд дефиниций, уточняющих смысл понятия «работодатель», а именно законодатель конкретизирует значение понятия «рабо-

тодатели – физические лица». Дефиниция данного понятия является сложной, что проявляется, с одной стороны, в легальной его формулировке (содержание дефиниции выражено в двух отдельно выделенных предписаниях (абзацы 1,2 части 5 статьи 20 ТК РФ)). С другой стороны, сложность рассматриваемого определения проявляется и в его содержании: фактически в данном случае мы имеем место с конъюнкцией двух простых суждений. Проанализируем каждое из них.

Предписание абзаца 1 части 5 статьи 20 ТК РФ также представляет собой конъюнкцию, и в нём речь идёт, с одной стороны, о физических лицах, зарегистрированных в установленном порядке в качестве индивидуальных предпринимателей и осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, с другой стороны, о частных нотариусах, адвокатах, учредивших адвокатские кабинеты, и иных лицах, чья профессиональная деятельность в соответствии с федеральными законами подлежит государственной регистрации и (или) лицензированию. Законодатель также указывает признак, общий для обеих рассматриваемых категорий работодателей-физических лиц, а именно вступление данных лиц в трудовые отношения в целях осуществления указанной деятельности (то есть предпринимательской или иной профессиональной деятельности).

Рассмотрим первую часть предложенного законодателем определения. В нём говорится о работодателях – индивидуальных предпринимателях, причём указывается два признака таких работодателей: формальный (регистрация в качестве ИП) и материальный (фактическое осуществление предпринимательской деятельности). Полагаем, что второй признак является излишним. Определение предпринимательской деятельности дано в абзаце 3 пункта 1 статьи 2 ГК РФ. В повседневной жизни достаточно часто встречаются лица, которые зарегистрированы в качестве ИП, однако фактически предпринимательскую деятельность не осуществляют. Сей факт, однако, никак не отражается на их работодательской правосубъектности. На практике нередко встречаются ситуации, когда трудовые договоры заключаются ещё до непосредственного начала осуществления предпринимательской

деятельности лицом (например, набор персонала в открываемую ИП торговую точку). Будет абсурдным говорить о том, что трудовые отношения между таким ИП и его сотрудниками возникнут только с момента непосредственного начала предпринимательской деятельности (то есть, например, с момента открытия торговой точки).

Вторую часть изложенного в абзаце 1 части 5 статьи 20 ТК РФ определения также можно разделить на две составляющие. Во-первых, это примерный перечень лиц, относящихся к рассматриваемой категории (частные нотариусы, адвокаты, учредившие адвокатские кабинеты и др. лица). Данный перечень в силу его открытости носит сугубо информационный характер, то есть его значение – дать понять правоприменителю, о каких примерно категориях ведет речь законодатель. Излишне говорить, что задач определения данный признак не разрешает. Во-вторых, это собственно определение указанных лиц как лиц, чья профессиональная деятельность в соответствии с федеральными законами подлежит государственной регистрации и (или) лицензированию.

Значение категории «профессиональная деятельность» законодательство не раскрывает, однако изучение нормативного материала позволяет говорить о том, что данное понятие используется в очень широком значении – от деятельности граждан по трудовому договору (например, такое значение профессиональной деятельности используется в статье 45 ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах»⁴) до предпринимательской деятельности юридических лиц (например, в соответствии со статьёй 4 ФЗ «О рынке ценных бумаг» дилерской деятельностью как разновидностью профессиональной деятельности участника рынка ценных бумаг может заниматься только коммерческое юридическое лицо⁵).

Следует отметить, что законодательное деление работодателей на индивидуальных предпринимателей и лиц, осуществляю-

⁴ О наркотических средствах и психотропных веществах: Федеральный закон от 8 января 1998 г. № 3-ФЗ (с изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. 1998. № 2, ст. 219.

⁵ О рынке ценных бумаг: Федеральный закон от 22 марта 1994 г. № 39-ФЗ (с изм. и доп.) // Там же. 1996. № 17, ст. 1918.

щих зарегистрированную или лицензируемую профессиональную деятельность, весьма условно. Так, статья 35 ФЗ «О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов» говорит о том, что правом на профессиональную деятельность в сфере социального обслуживания имеют, в том числе, и граждане, зарегистрированные в качестве ИП⁶. В данном случае мы имеем дело с работодателем, который относится сразу к двум группам, выделяемым абзацем 1 части 5 статьи 20 ТК РФ.

Понятно затруднение законодателя с формулировкой определения особых категорий работодателей (адвокаты, нотариусы и др.). Данное определение должно быть рамочным, то есть учитывающим всё многообразие форм такой деятельности, а также быть применимым и к перспективным (неприменяемым в настоящее время) видам такой деятельности.

Не претендуя на окончательное разрешение этого вопроса, мы бы хотели предложить следующую формулировку легальной дефиниции этой категории работодателей – физических лиц: «физические лица, зарегистрированные в установленном порядке в качестве индивидуальных предпринимателей, а также физические лица, обладающие правом на занятие установленными федеральным законодательством видами самостоятельной профессиональной деятельности без приобретения статуса индивидуального предпринимателя (частные нотариусы, адвокаты, учредившие адвокатские кабинеты и др.), вступившие в трудовые отношения с работником в целях осуществления указанной деятельности».

Что касается второй части легальной дефиниции работодателей – физических лиц (физические лица, вступающие в трудовые отношения с работниками в целях личного обслуживания и помощи по ведению домашнего хозяйства), то её можно признать в целом удовлетворительной, однако необходимо обратить внимание на чисто редакционную ошибку. Если ранее законодатель говорил о работнике и работодателе как субъектах, «вступивших

⁶ О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов: Федеральный закон от 02.08.1995 № 122-ФЗ (с изм. и доп.) // Там же. 1995. № 32, ст. 3198.

в трудовое правоотношение», то в данной дефиниции законодатель использует термин «*вступающий* в трудовые отношения». Таким образом, получается, что к такой категории работодателей относятся только лица, находящиеся в предшествующих отношениях с работником, то есть отношениях по поводу заключения трудового договора, либо регулярно заключающие такого рода договоры. Полагаем, что необходимо изменить данное определение, заменив термин «*вступающие*» термином «*вступившие*».

Таким образом, мы можем констатировать несовершенство понятийного аппарата, касающегося субъектов трудового отношения, а равным образом несовершенство легальных дефиниций, определяющих основные категории данного понятийного аппарата.

Не претендуя на окончательно разрешение проблемы, мы хотели бы предложить следующие формулировки юридических дефиниций, определяющих ключевые понятия, относящиеся к субъектам трудового отношения:

«Работник – это физическое лицо, заключившее трудовой договор с работодателем».

«Работодатель – это физическое лицо либо юридическое лицо (организация), заключившее трудовой договор с работником».

«Работодатели – физические лица – физические лица, зарегистрированные в установленном порядке в качестве индивидуальных предпринимателей, а также физические лица, обладающие правом на занятие установленными федеральным законодательством видами самостоятельной профессиональной деятельности без приобретения статуса индивидуального предпринимателя (частные нотариусы, адвокаты, учредившие адвокатские кабинеты и др.), вступившие в трудовые отношения с работником в целях осуществления указанной деятельности;

физические лица, вступившие в трудовые отношения с работниками в целях личного обслуживания и помощи по ведению домашнего хозяйства».

Работодатель как субъект трудового права: обзор проблем теории и практики

Как теоретическое, так и практическое значение имеет выделение *видов работодателей*¹. В настоящее время, основываясь на анализе содержания ст. 20 ТК РФ, можно выделить следующие их виды:

- 1) юридически лица (организации);
- 2) физические лица: а) зарегистрированные в установленном порядке в качестве индивидуальных предпринимателей и осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица; б) частные нотариусы, адвокаты, учредившие адвокатские кабинеты; в) иные лица, чья деятельность в соответствии с федеральными законами подлежит государственной регистрации и (или) лицензированию, вступившие в трудовые отношения с работником в целях осуществления указанной деятельности. Все вышеназванные категории физических лиц официально поименованы работодателями – индивидуальными предпринимателями и в правовом статусе максимально приравнены к организациям – юридическим лицам (в части принятия

¹ Число диссертационных исследований, посвященных работодателям и изданных в нашем веке, достаточно велико. Однако большинство из них посвящено преимущественно проблемам их правосубъектности и правового статуса. См.: Крутова Л. А. Работодатель как субъект трудового права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000; Жильцов М. А. Правосубъектность организации как работодателя: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002; Бойченко Т. А. Правовой статус работодателя: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003; Тимохин В. В. Правосубъектность работодателя: дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2003; Черных Н. В. Виды работодателей и их трудовая правосубъектность: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004; Казакова Г. В. Проблемы правосубъектности работодателя: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2005; Машукова Е. Н. Правосубъектность физических лиц как работодателей: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006; Харитонов М. М. Множественность лиц на стороне работодателя: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2010 и др. В целом это касается и иных публикаций по данной тематике.

локальных актов, ведения трудовых книжек, ведения коллективных переговоров и заключения коллективных договоров, создания КТС и др. (ст. 8, 66, 40, 384 ТК РФ и др.).

В сельском хозяйстве предпринимательской деятельностью могут заниматься две категории работодателей: крестьянское фермерское хозяйство с правом юридического лица (организация), индивидуальный фермер, осуществляющий свою деятельность без образования юридического лица (физическое лицо);

3) физические лица, не являющиеся индивидуальными предпринимателями. Выделение последних проведено по направленности использования наемного труда. Они осуществляют это в целях личного обслуживания и помощи в ведении домашнего хозяйства. Все остальные работодатели используют наемный труд в целях либо извлечения прибыли (предпринимательская деятельность), либо для достижения иных (уставных) целей деятельности (например, некоммерческие организации, профсоюзы, объединения работодателей, имеющие наемных работников).

Другие классификации, на наш взгляд, с точки зрения трудового права юридического значения не имеют, что не препятствует дифференциации правового статуса организаций в зависимости от их организационно правовой формы². Также в отношении работодателей – юридических лиц – есть некоторые основания говорить о специальной работодательской правосубъектности государственных (муниципальных) унитарных предприятий, организаций, финансируемых за счет средств собственника, государственных органов в отношениях с государственными служащими и др. Но при этом можно вполне ограничиться указанием на общую и специальную правосубъектность (дееспособность) юридических лиц. Однако необходимости выделения отдельных видов работодателей это не порождает.

В ст. 20 ТК РФ названы в качестве работодателей и иные субъекты, наделенные в соответствии с федеральным законом правом заключать трудовые договоры. К числу таковых традици-

² См., например: Работодатель как субъект российского права / под ред. А. К. Безиной. Казань, 2008. С. 41–68.

онно относят государственные и муниципальные органы³. Один из таких случаев также предусмотрен ст. 20 ФЗ от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях». Согласно ему в качестве работодателя выступает собственник имущества унитарного предприятия при заключении трудового договора с руководителем этого предприятия. Предпринимаемые попытки расширить круг работодателей за счет государственных и муниципальных органов, а также некоммерческих организаций без прав юридического лица, назвав их «предварительными корпорациями» или «предварительными юридическими лицами»⁴, не кажутся нам продуктивными. Выделение таких субъектов не получило поддержки в цивилистике, а в отношении госорганов в этом нет необходимости. В подобном случае стороной служебного контракта является представитель нанимателя (ст. 1 ФЗ от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе РФ»)⁵, а сам государственный орган в силу прямого указания федерального закона и будет этим нанимателем. В их отношении конструкция «предварительными корпорациями» неприемлема ни теоретически, ни практически. Приравнивание к предварительной корпорации договора простого товарищества⁶ (который (т. е. договор в лице всех его участников сразу) заключил трудовой договор с работником, не создавая никакой организации) не согласуется не только с нормами гражданского и трудового права, но даже со здравым смыслом.

Таким образом, по российскому законодательству работодателем может быть только организация – юридическое лицо либо физическое лицо. В литературе уже отмечалось, что такой подход не вполне соответствует мировым тенденциям⁷. Так, в Великобритании по Закону о трудовых правах 1996 г. «работодатель – лицо, которым нанят (или был нанят, если найм не прекращен)

³ Комментарий к Трудовому кодексу РФ / под ред. Ю. П. Орловского. М., 2009. С. 72.

⁴ См.: Драчук М. А. Субъекты трудового права. Омск, 2009. С. 211.

⁵ СЗ РФ. 2004. № 31, ст. 3215.

⁶ См.: Драчук М. А. Указ. соч. С. 213.

⁷ См.: Черняева Д. В. Трудовые отношения в странах англо-саксонского права. М., 2010. С. 61–62.

работник или трудящийся». Во-первых, под «трудящимися» понимаются лица, работающие по гражданско-правовым договорам. Во-вторых, работодателями могут выступать и организации без прав юридического лица (домохозяйство, клуб, объединение работодателей и др.). В последнем случае права и обязанности работодателя возлагаются непосредственно на членов руководящего органа такой структуры, несмотря на то что работодателем является сама структура. Такой порядок был введен прецедентным судебным решением⁸. С учетом специфики российской правовой системы аналогичное положение может быть закреплено в ТК РФ, что позволит расширить круг работодателей без понижения уровня прав и свобод работников.

Одной из основных характеристик работодателя как субъекта трудового права является *содержание и пределы его трудовой правосубъектности*. В свою очередь, данная проблема связана с хозяйской (работодательской) властью, о которой первым начал писать Л. С. Таль – отец-основатель науки трудового права⁹. Он выделил три направления хозяйской (работодательской) власти: диспозитивную, дисциплинарную, нормативную. Вслед за Л. С. Талем советский ученый Л. Я. Гинцбург хозяйскую власть (не используя этого термина) сопрягал с авторитарным признаком социалистического трудового правоотношения. Он писал, что авторитарность власти руководителя процесса труда проявляется в трех формах: директивной, нормативной и дисциплинарной власти¹⁰. Анализируя зарубежное трудовое право, И. Я. Киселев также указывал, что права работодателя находят обобщенное выражение в нормативной, директивной и дисциплинарной власти¹¹.

В советский период учение о содержании и пределах трудовой правосубъектности работодателя развивалось от конкретно-

⁸ Черняева Д. В. Трудовые отношения в странах англо-саксонского права. С. 59–61.

⁹ См.: Таль Л. С. Проблемы власти над человеком в гражданском праве // Юридический вестник. 1913. № 3. С. 103–140; Его же. Автономное правотворчество в частном праве. М., 1916.

¹⁰ См.: Гинцбург И. Я. Социалистическое трудовое правоотношение. М., 1977. С. 99–103.

¹¹ См.: Киселев И. Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 102.

го набора критериев – хозяйственный план предприятия, фонд заработной платы, штатное расписание, лимит по труду и других атрибутов централизованного регулирования экономикой – к обобщающим критериям. При разработке таких обобщающих критериев трудовой правосубъектности в теории трудового права был определен разумный и рациональный подход, ценность которого очевидна и сегодня. В соответствии с ним трудовая правосубъектность предприятия, организации должна быть согласована с трудовой правосубъектностью граждан. При этом объем трудовой правосубъектности организаций не может быть меньше того комплекса прав и обязанностей, который обеспечил бы гражданам возможность реализовать их право на труд, их трудовую правоспособность¹².

Отсюда следует вывод: признавая ту или иную организацию в качестве субъекта трудового права, государство, как минимум, наделяет его правами, необходимыми для того, чтобы она могла выступать в качестве субъекта трудового правоотношения¹³.

В этой связи в литературе по советскому трудовому праву с небольшими различиями в содержание трудовой правосубъектности включались два основных признака:

- 1) право формирования коллектива работников, самостоятельного приема и увольнения, а также управления трудом (организационный признак);
- 2) право иметь фонд оплаты труда и им распоряжаться (имущественный признак)¹⁴.

Эта юридическая конструкция «работодателя» в трудовом праве сохранила свое значение до настоящего времени. При этом одними авторами дается более широкое определение эле-

¹² См., например: Проблемы правового регулирования труда в развитах социалистическом обществе / под ред. А. С. Пашкова. Л., 1984. С. 85.

¹³ См.: Хрусталева Б. Ф. Государственное предприятие – субъект трудового права. М., 1976. С. 37–38; Иванов С. А., Лившиц Р. З., Орловский Ю. П. Советское трудовое право: вопросы теории. М., 1978. С. 265.

¹⁴ См., например: Советское трудовое право / под ред. Б. К. Бегичева, А. Д. Зайкина М., 1985. С. 144–145; Трудовое право / под ред. О. В. Смирнова. М., 1996. С. 63–64.

ментов трудовой правосубъектности работодателя, другими – сводится к двум названным элементам¹⁵ или одному элементу (организационному)¹⁶. В первом случае в правосубъектность работодателя включаются не только правоспособность, но и деликтоспособность работодателя, т. е. способность: а) предоставить работу; б) оплатить труд работника; в) нести ответственность по обязательствам, вытекающим из трудовых и производных отношений¹⁷. Но во всех дефинициях организационный элемент правосубъектности работодателя называется всеми учеными-трудовиками, он является ее основной и необходимой составляющей. Работодательская правосубъектность как раз и обеспечивает цель оформления интереса работодателя в использовании чужого наемного труда. Л. С. Таль охарактеризовал эту цель «через право работодателя в течение известного времени и в определенных границах располагать за вознаграждение чужою рабочей силой как орудием своей хозяйской власти, направляя ее по своему усмотрению»¹⁸.

На наш взгляд, наиболее адекватным является определение содержания работодательской правосубъектности на основе известного советской теории трудового права критерия соответствия, корреляции и по объему трудовой правосубъектности сторон трудового правоотношения. Следовательно, речь идет о трех составляющих работодательской правосубъектности: личной, организационной и имущественной. Е. Б. Хохлов, позицию которого мы поддерживаем, в качестве материальных условий правосубъектности работодателя называет его имя, отмечая, что посредством определения имени (наименования) производится обозначение данного субъекта в системе общественных отношений, т. е. ограничение, выделение сферы деятельности данного

¹⁵ См.: Бойченко Т. А., Мартиросян Э. Р. *Права и обязанности работодателя*. Новосибирск, 2004. С. 23.

¹⁶ См.: Молодцов М. В., Головина С. Ю. *Трудовое право России*. М., 2003. С. 77 и др.

¹⁷ См.: Курс российского трудового права: в 3 т. / под общ. ред. Е. Б. Хохлова. СПб., 1996. Т. 1. С. 401; *Трудовое право России* / под ред. С. П. Маврина, Е. Б. Хохлова. М., 2007. С. 124–125.

¹⁸ Таль Л. С. *Трудовой договор*. Ч. 1. Ярославль, 1913. С. 81.

работодателя из всей системы общественных отношений по применению самостоятельного труда¹⁹.

Таким образом, работодатель обладает способностью от своего имени (лично) выступать участником трудовых и иных непосредственно связанных с ними правоотношений. С личной компонентой работодательской правосубъектности связана и *проблема представительства работодателя* в трудовых и социально-партнерских отношениях. Так, филиалы, представительства юридического лица, наделенные по Положению о названном филиале, представительстве правом приема и увольнения работников, обладают производной (представительской) работодательской правосубъектностью. Они осуществляют работодательские функции на основании доверенности работодателя – юридического лица. Оговоримся, что работодателями в этом случае в конечном итоге будет выступать юридическое лицо, но руководитель филиала (представительства) может быть наделен правом заключать, изменять и прекращать трудовые договоры. Происходит как бы «раздвоение» работодателя, в качестве которого фактически выступает филиал (представительство), но его работодательская правосубъектность будет производной (представительской) от работодательской правосубъектности основной организации (юридического лица). Основание для такой двойственности дает сам законодатель, допускающий заключение коллективного договора в филиалах, представительствах, иных обособленных структурных подразделениях, а не только в организациях (ст. 40 ТК РФ). Приравниваются и правила расторжения трудовых договоров при прекращении деятельности филиала, представительства, иного обособленного структурного подразделения, расположенного в другой местности, к правилам расторжения трудовых договоров при ликвидации организации (ст. 81 ТК РФ). Примечательно, что в законе Эстонии «О трудовом договоре» 2004 г. прямо предусмотрено, что нанимателем может быть структурное подразделение юридического лица, наделенное правами работодателя²⁰. При этом очевидно,

¹⁹ Трудовое право России / под ред. С. П. Маврина, Е. Б. Хохлова. С. 125.

²⁰ Правовые акты Эстонии. 2004. № 23. С. 1233.

что юридическое лицо будет отвечать по обязательствам структурного подразделения, вытекающим из трудовых отношений в полном объеме. Напротив, это структурное подразделение не будет отвечать по обязательствам создавшего его юридического лица. Это требование вытекает как из гражданского, так и из трудового законодательства, поддерживается некоторыми учеными-трудовиками²¹. Простое отрицание правосубъектности обособленных структурных подразделений²² представляется нам малопродуктивным, т. к. фактическими работодателями (квази-работодателями), в том числе уже в рамках действующего законодательства, они могут быть и являются.

Участвуя в заключении коллективных соглашений, работодатель вправе уполномочить соответствующего представителя (например, объединение работодателей) от его имени вести коллективные переговоры и заключать коллективное соглашение (ст. 48 ТК). В этой связи в работодательскую правосубъектность следует включать не только способность предоставить работу, обеспечив условия труда, соответствующие нормативным требованиям, и способность оплатить труд работника, но и способность выступать от своего имени в трудовых и производных правоотношениях.

Каждая организация, наделенная государством статусом юридического лица, имеет как бы две ипостаси: гражданско-правовую и трудовую, и они почти полностью совпадают. Это относится ко всем элементам правосубъектности: правоспособности, дееспособности и деликтоспособности. Определение этих трех элементов правосубъектности юридического лица имеется в ГК РФ, в связи с чем мы не будем углубляться в данную проблему.

По мнению И. Я. Киселева, различие между гражданской правосубъектностью юридического лица и трудовой правосубъ-

²¹ См.: Курс трудового права: Общая часть / под ред. О. С. Курылевой, К. Л. Томашевского. Минск, 2010. С. 332–333; Миронов В. И. Трудовое право. М., 2009. С. 141 и др.

²² Комментарий к Трудовому кодексу РФ / под ред. Ю. П. Орловского. М., 2009. С. 72; Комментарий к Трудовому кодексу РФ / под ред. Н. Г. Гладкова, И. О. Снегиревой. М., 2011. С. 76–77.

ектностью работодателя заключается в следующем. У юридического лица гражданско-правовая правосубъектность возникает с момента его регистрации в соответствующем государственном органе, а трудовая работодательская правосубъектность организации – юридического лица возникает несколько позднее, после ее регистрации и формирования фонда заработной платы, открытия в банке счета оплаты труда, регистрации в качестве плательщика обязательных социальных страховых взносов, а также утверждения штатного расписания организации. Таким образом, отличия заключаются в разнице моментов приобретения организацией права юридического лица и работодательской правосубъектности. Приобретение последней происходит с определенным временным лагом после наделения организации статусом юридического лица²³. На наш взгляд, такое разделение более обоснованно с точки зрения правового статуса работодателя, но не момента возникновения трудовой правосубъектности работодателя. Трудовая правосубъектность у юридических лиц возникает одновременно с гражданской правосубъектностью. В этой связи хотелось бы согласиться с мнением ученых, которые выделяют не только цивилистический, но и междисциплинарный подход к учению о юридическом лице и его правосубъектности²⁴. В этой связи крайне спорной нам кажется позиция В. И. Миронова, который связывает возникновение работодательской правосубъектности с приемом на работу первого работника или даже с фактическим допуском работника к работе²⁵. В данном случае налицо смешение отраслевых правосубъектности и статуса. При этом открытым остается вопрос, кто может вступить в трудовые отношения, т. е. снимается вопрос о предпосылке, которая заменяется следствием.

Достаточно интересными, хотя не новыми и относительно спорными, являются взгляды некоторых авторов на структуру

²³ См.: Киселев И. Я., Лушников А. М. Трудовое право. М., 2011. С. 75–76.

²⁴ См.: Курс трудового права: Общая часть / под ред. О. С. Курылевой, К. Л. Томашевского. Минск, 2010. С. 328; Работодатель как субъект российского права / под ред. А. К. Безиной. Казань, 2008. С. 30; Чиркин В. Е. Юридические лица публичного права. М., 2007. С. 30.

²⁵ Миронов В. И. Трудовое право. М., 2009. С. 101.

работодательской правосубъектности, где наряду с правоспособностью, дееспособностью и деликтоспособностью выделяют также «соответствующие исходные (общие) права и обязанности»²⁶. Представляется, что в указанной части смешиваются понятия правового статуса и правосубъектности. Очевидно, что права и обязанности, в том числе исходные или любые другие, относятся только к правовому статусу. При этом не поясняется, что следует понимать под «исходными» правами и обязанностями, как они соотносятся с основными (статутными) правами и обязанностями (ст. 21, 22 ТК РФ). Означает ли это, что существуют некие «неисходные права и обязанности»? Немало вопросов вызывает и обозначенное теми же авторами видение работодательской правосубъектности как не равной, в отличие от правосубъектности работников, которая признается равной. Какую теоретическую или прикладную цель преследуют авторы, разграничивая в содержании правосубъектности организаций неимущественные и имущественные права и обязанности? С точки зрения теории права непонятна и трактовка специальной правосубъектности работодателя, тем более что они отрицают гражданско-правовые подходы к этому правовому явлению и связывают ее с филиалами и представительствами юридического лица, которые не признаются в законодательстве работодателями²⁷.

Работодательская (трудовая) правоспособность физического лица возникает одновременно с гражданско-правовой правоспособностью гражданина – с момента рождения (ст. 17 ГК РФ). В содержание правоспособности граждан входит занятие предпринимательской деятельностью (ст. 18 ГК РФ). При этом очевидно, что работодатель – физическое лицо не может обладать правоспособностью, не имея дееспособности, т. к. они неразрывны в силу личностного признака трудового правоотношения. Функции работодателя можно осуществлять только тому лицу, которое вступило в трудовые правоотношения на основании трудового договора.

²⁶ См.: Трудовое право России: проблемы теории. Екатеринбург, 2006. С. 126 и др. (авторы главы – М. А. Жильцов и Ю. В. Жильцова).

²⁷ Там же. С. 115, 119, 135.

В новой редакции ТК РФ разрешен вопрос о том, может ли быть работодателем лицо, признанное судом недееспособным применительно к ст. 29 ГК РФ, т. е. вследствие психического расстройства. Во-первых, такое лицо не в состоянии понимать значение своих действий и руководить ими. Во-вторых, психически больной не является деликтоспособным. Причиненный им вред возмещает опекун (ст. 1076 ГК РФ). Однако согласно ч. 9 ст. 20 ТК РФ от имени совершеннолетних недееспособных трудовой договор могут заключать их опекуны. Для этого недееспособный должен иметь самостоятельный доход, а целью договора должно быть личное обслуживание этих физических лиц и помощь им по ведению домашнего хозяйства. Таким образом, душевнобольной, обладая работодательской правоспособностью, как бы не наделен работодательской дееспособностью и деликтоспособностью. Работодательскую функцию от имени психически больного может фактически осуществлять его опекун. Очевидно, что это излишне сложная конструкция, при которой стороной трудового правоотношения остается недееспособное лицо, от имени которого работодательские функции практически осуществляет опекун. Теоретически это спорно, а практически бессмысленно, т. к. фактически работодателем будет не психически больной, а его опекун. На наш взгляд, достаточно было бы договора между опекуном и наемным работником (своеобразный договор в пользу третьих лиц).

Более дискуссионным является вопрос о том, может ли быть работодателем лицо, в отношении которого установлен патронаж применительно к ст. 41 ГК РФ. Патронаж (разновидность попечительства) устанавливается, как известно, в отношении совершеннолетнего дееспособного и деликтоспособного гражданина, который по состоянию здоровья не может самостоятельно осуществлять и защищать свои права и исполнять свои обязанности. Гражданин, находящийся под патронажем, является полностью дееспособным (ч. 1 ст. 41 ГК РФ), но распоряжение своим имуществом, в том числе для целей предпринимательской деятельности, и вместе с тем работодательские функции такое лицо передает своему попечителю (помощнику) по договору поручения

или доверительного управления. По мнению И. Я. Киселева, с которым мы согласны, подопечный в отношениях патронажа не может сам быть работодателем, но может передать работодательские функции своему попечителю (помощнику), оформив это соответствующим договором²⁸.

Институт трудового преемства (правопреемства) работодателя. Правопреемство относится к межотраслевым институтам. Под правопреемством понимается переход прав и обязанностей от одного лица – правопреемника к другому лицу – правопреемнику, заменяющему его в правоотношении в силу закона или договора (соглашения). При правопреемстве происходит переход прав одного лица (правопреемника) к другому (правопреемнику), при этом изменяются не сами правоотношения, а только их субъект. Правопреемство представляет собой производное приобретение прав и обязанностей, оно основано на праве преемника. Правопреемство осуществляется в силу закона или соглашения (договора).

Институт правопреемства, связанный с заменой лиц в обязательствах, правоотношениях, также является межотраслевым. В трудовом праве он применяется чаще всего в отношении работодателя, в исключительных случаях – в отношении работника. В этой связи к отраслевым особенностям рассматриваемого института следует отнести: 1) универсальное право преемства в отношении работодателя; 2) установление оснований и порядка правопреемства в индивидуальных трудовых и социально-партнерских отношениях, как правило, законом, но в рамках договора допустимо улучшение положения работников по сравнению с законом.

При общем (универсальном) правопреемстве к правопреемнику от правопреемника переходят не только все его права, но и обязанности. Иначе говоря, правопреемник занимает место правопреемника во всех правоотношениях (за исключением тех, в которых правопреемство недопустимо). Например, при слиянии юридических лиц (работодателей) права и обязанности в полном объеме переходят к вновь возникшему юридическому

²⁸ Киселев И. Я., Лушников А. М. Трудовое право России и зарубежных стран. М., 2008. С. 83.

лицу; акционерное общество (работодатель), создаваемое в соответствии с законодательством о приватизации, приобретает все права и обязанности государственного или муниципального предприятия, на базе которого оно создано. Согласно ТК РФ (ст. 75) реорганизация юридического лица, смена собственника имущества организации (за некоторым исключением) не могут являться основанием для расторжения трудового договора с работниками организации. Но личный характер трудовых отношений диктует наличие согласия работника на продолжение трудовых отношений при замене работодателя в связи со сменой собственника имущества организации. В случае отказа работника от продолжения работы в связи со сменой собственника имущества трудовой договор прекращается в соответствии с п. 6 ч. 1 ст. 77 ТК РФ

В отличие от индивидуальных трудовых отношений в социально-партнерских отношениях общее (универсальное) правопреемство носит ограниченный временными рамками характер. В соответствии с ТК РФ (ст. 43) при реорганизации юридического лица в форме слияния, присоединения, разделения и выделения коллективный договор сохраняет свое действие в течение всего срока реорганизации, при смене формы собственности организации коллективный договор сохраняет свое действие в течение трех месяцев со дня перехода прав собственности. Исключение сделано только в отношении случаев реорганизации юридического лица в форме преобразования (изменения организационно-правовой формы юридического лица). Здесь коллективный договор сохраняет свое действие.

Между тем не исключается в договорном порядке установить более благоприятные условия трудового правопреемства при смене формы собственности организации или реорганизации, например сохранив действие коллективного договора до истечения его срока. Еще дальше пошли государства Европейского Союза (ЕС). Директива ЕС № 77/187 от 14 февраля 1977 г. «Обеспечение прав работника при смене собственника имущества предприятия» предусматривает автоматический трансферт (переход) трудового отношения от отчуждателя к приобретателю. Иными словами, трудовое правоотношение в этом случае

продолжается и работник полностью сохраняет права и обязанности по трудовому договору, а права и обязанности отчуждателя предприятия переходят к приобретателю с момента перехода прав собственности. Кроме того, приобретатель обязан соблюдать существующий на отчуждаемом предприятии коллективный договор до истечения срока его действия или его расторжения или вступления в силу другого коллективного договора. При перемене собственника органы представительства работников (профсоюз, производственный совет) продолжают функционировать, пока предприятие сохраняет свою автономность и целостность. Если работник уволился из-за того, что смена собственника вызвала существенное ухудшение условий его труда, вина за такое увольнение возлагается на работодателя. Таким образом, оценивая содержание рассмотренной директивы ЕС, следует согласиться с И. Я. Киселевым в том, что эта директива знаменует собой отказ от традиционного принципа, согласно которому права и обязанности сторон в трудовых правоотношениях не передаваемы²⁹.

²⁹ См.: Киселев И. Я. Новый облик трудового права стран Запада. М., 2003. С. 128.

**«Защищенная группа»:
дифференцированный подход
британского законодателя
к выделению субъектов, подлежащих защите
от дискриминации в трудовых отношениях**

Проблема защиты работников от дискриминации в трудовых отношениях обсуждается как за рубежом, так и в России уже много лет. При этом шагов отечественного законодателя в сторону разработки более четкого понятия дискриминации в трудовых отношениях, распределения бремени доказывания в делах о дискриминации, определения исковых требований работников, подвергшихся дискриминации, в частности при приеме на работу, не наблюдается. Такое положение вещей говорит либо о том, что данное направление нормативного регулирования отечественному законодателю неприоритетно, либо не является необходимым. С последним утверждением согласиться невозможно.

Зарубежные законодатели, направляя свои усилия на борьбу с дискриминацией, как правило, более внимательно и вдумчиво подходят к возможности реализации на практике нормативных положений о защите работников, ощутивших на себе негативное отношение работодателя по тому или иному основанию (пол, раса и т. д.). При этом страны, имеющие наиболее развитое законодательство по борьбе с дискриминацией (США, Великобритания, Швеция), не готовы, в отличие от российского законодателя, оставившего перечень оснований дискриминации в ст. 3 ТК РФ открытым, включать в группу лиц, подпадающих под защиту закона абсолютно всех работников, по любому признаку, не связанному с деловыми качествами (рост, вес, цвет глаз и др.).

Остановимся чуть подробнее на подходе британского законодателя, специально выделившего «защищенную группу», в которую входят субъекты, пользующиеся охраной государства в случае акта дискриминации.

Выделение для специальной защиты именно данных субъектов обосновано в Великобритании как историческими традициями (замужние женщины), так и требованиями развитого демократического общества (транссексуалы, сексуальные меньшинства).

С 1 октября 2010 г. в Великобритании вступило в силу большинство положений Акта о равенстве, ознаменовав тем самым начало новой эпохи антидискриминационного законодательства¹. Акт распространил свое действие на Англию, Шотландию, Уэльс. Данный закон заменил практически все специальные нормативные акты, направленные на искоренение дискриминации в британском обществе: Закон о равной оплате 1970 г., Закон о дискриминации по признаку пола 1975 г., Закон о расовых взаимоотношениях 1976 г., Закон о дискриминации инвалидов 1995 г., нормативный акт о равенстве в сфере труда независимо от религии и веры 2003 г., нормативный акт о равенстве в сфере труда независимо от сексуальной ориентации 2003 г., нормативный акт о равенстве в сфере труда независимо от возраста 2006 г. Главные задачи данного закона состоят в гармонизации антидискриминационного законодательства и поддержке становления равноправия.

Британский законодатель пошел по пути выделения «защищенной группы», которую определяет ограниченное число оснований дискриминации. Это положительным образом влияет на более четкое понимание и выявление факта дискриминации. Акт о равенстве², объединив в себе принятые ранее нормы, охватывает все 9 признаков, по которым британский законодатель запретил дискриминацию: возраст, инвалидность, смена пола, брак или гражданский союз, беременность и материнство, раса, религия или вера, пол, сексуальная ориентация³. Данный закон защищает в случаях дискриминации, произошедшей по причине ассоциации лица с группой, подпадающей под защиту норма-

¹ Hardy S., Butler M. European employment laws: a comparative guide. Spiramus Press Ltd, 2011. P. 255.

² URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf

³ The Equality Act 2010. Employment law guide. London? 2010. P. 3.

тивного акта⁴. При принятии Акта о равенстве обсуждались дополнительные основания дискриминации, которые впоследствии так и не были включены в число запрещенных. Это генетическая предрасположенность, отцовство, валлийский язык, принадлежность к малоимущему классу.⁵ Британский законодатель не считал необходимым их выделение на современном этапе.

Достоинством уважения в сфере применения антидискриминационного законодательства Великобритании является разъяснение положений Акта о равенстве 2010 г. для правоприменителей, в частности для судов, трибуналов, которые, по мнению британского законодателя, должны четко, на примерах понимать, был ли совершен акт дискриминации в отношении работника, входит ли данный субъект в «защищенную группу». Разъяснения норм Акта, распространяющихся на трудовые отношения, даны в Кодексе практики в сфере труда⁶, который обрел силу закона 11 апреля 2011 г.

Российский подход, в отличие от британского, заключается в том, что судам на откуп отдано определение факта отсутствия или наличия дискриминации в трудовых отношениях при рассмотрении конкретного дела (п. 10 Постановления Пленума ВС Российской Федерации № 2 от 17.03. 2004 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации»). При этом попыток законодателя или специально уполномоченного государственного органа разъяснить судам, какой смысл вкладывался в то или иное основание и когда факт дискриминации действительно имеет место, к сожалению, в России не предпринято.

Остановимся чуть подробнее на характеристике ряда запрещенных оснований дискриминации и субъектах, входящих в «защищенную группу», выделенную Британским законодателем.

1. **Возраст.** В разделе 5 Акта о равенстве 2010 г. устанавливается, что под защиту закона попадают лица, относящиеся к

⁴ Lewis D., Sargeant M. Employment law. Concentrate. Oxford university press, 2011. P. 30.

⁵ The Equality Act 2010.

⁶ URL: <http://www.equalityhumanrights.com/legal-and-policy/equality-act/equality-act-codes-of-practice/>

определенной возрастной группе или ассоциирующиеся с ней. В Акте не выделяются специальные возрастные группы, подпадающие под защиту, что расширяет возможность лица, подвергшегося дискриминации по этому признаку, защитить свои права. Для того чтобы инициировать дело о дискриминации по данному основанию, работнику нужно иметь подтверждение, что он находится не в той возрастной группе, которая получает преференции от работодателя⁷. При этом в разъяснениях к Акту под возрастной группой понимаются группы, к примеру, «до пятидесяти», «21-летние» и др. В Кодексе практики в сфере труда⁸ в пункте 2.4. разъясняется, что возрастная группа может быть узкой, например «люди, родившиеся в 1952 году», «люди старше меня», «люди старше нас». Возрастная группа может ассоциироваться с определенным реальным или предполагаемым физическим состоянием, которое может и не быть напрямую связано с биологическим возрастом, например чернорабочие. В Акте о равенстве предполагается, что возрастная группа может быть очень гибкой. К примеру, 40-летний гражданин может входить в группу «40-летних», «до 50», «лиц от 35 до 40», «после 25», «среднего возраста»; шестнадцатилетний гражданин может входить в группу «дети», «подростки», «до 50», «после 14», «16-летние».

При этом в Акте о равенстве (статья 9 части 2) оговаривается возможность при определенных условиях исключать лиц из защищенной категории. В частности, дискриминации при приеме на работу не будет, если претендент на должность уже достиг или превысил порог пенсионного возраста, установленного на данном предприятии, а в случае отсутствия такого возраста – 65 лет.⁹

2. Инвалидность. Понятие инвалидности практически дублирует то, что содержалось в Акте о дискриминации инвалидов 1995 г., но Акт 2010 г. все же внес ряд дополнений. В защищенную категорию попадает лицо, имеющее физический или психический недостаток, который оказывает существенный и

⁷ Peck S. Discrimination at work – a guide to the Equality Act 2010. Labour research department, 2010. P. 8.

⁸ URL: <http://www.equalityhumanrights.com/legal-and-policy/equality-act/equality-act-codes-of-practice/>

⁹ Lewis D., Sargeant M. Op. cit. P. 32.

длительный негативный эффект на возможность вести нормальную жизнь и осуществлять стандартные ежедневные действия. В Акте о равенстве 2010 г. не указывается, что включается в понятие нормальных ежедневных действий. В специальных Разъяснениях к Акту о равенстве 2010 г. в отношении понимания инвалидности к таким действиям относятся посещение магазина, чтение и письмо, разговор по телефону, просмотр телевизора, приготовление пищи, выполнение домашних обязанностей, способность к концентрации и запоминанию и др.¹⁰ К нормальным ежедневным действиям не относятся действия, свойственные той или иной профессии, т. к. их необязательно сможет выполнить любой человек. К примеру, работа часовщика будет практически недоступна человеку без специального образования и природной ловкости. Это также не относится к другим специальным навыкам, таким как профессиональная игра на музыкальном инструменте, профессиональным достижениям в спорте. В приложениях к Разъяснениям даются многочисленные примеры ежедневных действий, неспособность выполнения которых позволяет лицу рассчитывать на включение в защищенную законом категорию, а также приводится перечень ежедневных действий, неспособность выполнять которые не влечет защиту закона (к примеру, застенчивость или робость, сильный акцент, не дающий возможности окружающим понимать речь; недостаточное знание языка для его понимания; неспособность говорить, поддерживать беседу в шумном месте, к примеру, на предприятии или вблизи автодороги; ощущение дискомфорта после автомобильной поездки более двух часов подряд или пешего преодоления расстояния в 1,5 километров и др.¹¹

Длительность существования недостатка у лица предполагает, что он будет наличествовать, как минимум, 12 месяцев или продлится до конца жизни. Существенным недостаток считается, если он выделяется из разряда незначительных и триви-

¹⁰ The Equality Act 2010. P. 7.

¹¹ Разъяснения к Акту о равенстве 2010 г. в отношении понимания инвалидности. URL: <http://odi.dwp.gov.uk/docs/wor/new/ea-guide.pdf>

альных (Кодекс практики в сфере труда, пункт 2.15).¹² В разряд таких недостатков также включаются сенсорные отклонения, в том числе влияющие на зрение и слух. Акт о равенстве запрещает дискриминацию лиц, которые ранее имели такие недостатки, и лиц, которые ассоциируются с группой с физическими или психическими недостатками. Лица, имеющие скрытые заболевания, такие как диабет, эпилепсия, также относятся к защищенной категории. На уровне судебной практики зачастую встает вопрос, может ли лицо, имеющее то или иное заболевание, быть отнесено к защищенной категории. Как правило, сам недостаток, имеющийся у лица, под сомнение не ставится, но при этом важно понимание степени влияния недостатка на возможность ведения нормальной жизни. Для более четкого понимания данного основания дискриминации для правоприменителей были изданы специальные Разъяснения¹³, которые наиболее полно раскрывают объем понятия защищенной категории по данному основанию дискриминации. Разъяснения перечисляют недостатки, которые способствуют включению лица в защищенную категорию. К ним относятся: а) сенсорные недостатки, влияющие на зрение и слух; б) недостатки, не имеющие постоянных проявлений, имеющие тенденцию обостряться периодически (ревматизм, артрит, энцефалит, синдром хронической усталости, депрессия и эпилепсия); в) прогрессирующие заболевания, такие как волчанка, мышечная дистрофия, определенные формы слабоумия; г) заболевания определенного органа, включая дыхательную систему (астма, сердечно-сосудистые заболевания, включая тромбоз, болезнь сердца); д) недостатки, связанные с развитием, такие как расстройства аутистического спектра, дислексия; е) затрудненная обучаемость; ж) недостатки психического здоровья и психические заболевания, такие как депрессия, шизофрения, расстройства пищевого поведения, биполярные аффективные расстройства, одержимые навязчивые расстройства, так же как расстройства личности, самонанесение вреда; з) недостатки, связанные с травмами тела или мозга.

¹² URL: <http://www.equalityhumanrights.com/legal-and-policy/equality-act/equality-act-codes-of-practice/>

¹³ URL: <http://odi.dwp.gov.uk/docs/wor/new/ea-guide.pdf>

Пункт А8 Разъяснений указывает, что не всегда возможно и не всегда необходимо определять, является ли недостаток физическим или психическим, какими причинами обусловлено его появление. К примеру, болезнь печени, возникшая вследствие алкоголизма, будет являться основанием для включения лица в защищенную законом категорию, а вот сам алкоголизм – нет.

Перечень определенных заболеваний автоматически вводит лицо в защищенную категорию независимо от того, имеют заболевания внешние проявления или нет. Это ВИЧ, рак и рассеянный склероз. Данное правило также распространяется на людей, имеющих медицинское подтверждение факта полной потери зрения. Во всех остальных случаях, кроме перечисленных в данном абзаце, включение в защищенную категорию не является автоматическим и должно оцениваться правоприменителем, исходя из понятия инвалидности.

Ряд зависимостей и заболеваний не могут им расцениваться как недостатки физического или психического характера, влекущие включение лица в защищенную законом категорию. К ним относятся: а) склонность к алкоголю или зависимость от него, а также никотина или любого другого вещества (кроме медицинских препаратов, прописанных врачом); б) **сезонный аллергический ринит** (например, сенная лихорадка), кроме случаев, когда это усиливает проявление другого заболевания; в) пиромания; г) клептомания; д) склонность к физическому или психическому насилию; е) эксгибиционизм; ж) вуайеризм.

В то же время, например, наличие несведенной татуировки, немедицинского пирсинга не влияют на возможность лица вести нормальную жизнь. Акт о равенстве 2010 г. предполагает, что в защищенную категорию попадают также лица, которые ранее имели недостатки физического или психического характера¹⁴.

Важно в рамках определения защищенной категории по данному основанию дискриминации остановиться и на «ассоциативной» дискриминации и решить вопрос, может ли человек, не являющийся инвалидом, обратиться за защитой от дискриминации?

¹⁴ URL: <http://odi.dwp.gov.uk/docs/wor/new/ea-guide.pdf>

В деле *Attridge Law v Coleman* (C-303/06)¹⁵ Шерон Колеман, мать ребенка-инвалида, подвергалась дискриминации со стороны работодателя – небольшой юридической фирмы в Лондоне. В связи с тем что истец сама не являлась инвалидом, она не подпадала под защиту Акта о дискриминации инвалидов 1995 г. При этом юридическая фирма настаивала, что директива Евросоюза 2000/78/ЕС не применяется напрямую и трактовать расширительно Акт о дискриминации инвалидов в русле упомянутой рамочной директивы нельзя. Европейский суд по правам человека, вынося решение в пользу истицы, указал, что цель Директивы состоит в ликвидации всех проявлений дискриминации, основанной на инвалидности. Суд подтвердил, что Директива распространяется не только на самих инвалидов. Данное дело послужило причиной включения в Акт о равенстве 2010 года специального положения о том, что к прямой дискриминации относится и негативное отношение к лицам, которые ассоциируются с теми, кто включен в «защитную группу», в том числе и лицами, имеющими инвалидность.

3. **Смена пола.** Данное основание предполагает, что в защищенную категорию попадают лица, которые планируют, начали или уже закончили процесс (часть процесса) по смене пола. Данный процесс включает как психологические аспекты, так и физиологические, в частности изменение атрибутов, определяющих пол¹⁶. Кодекс практики в сфере труда разъясняет на примере, что лицо, рожденное женщиной, может без медицинской смены пола ощущать себя мужчиной и жить как мужчина. Оно будет также пользоваться защитой закона, как лицо, сменившее пол с помощью медицинского воздействия (Кодекс практики в сфере труда пункт 2.24)¹⁷. Люди, запланировавшие смену пола, но потом передумавшие по какой-либо причине, также попадают в защищенную законом группу. К примеру, женщина, решив сделать операцию по смене пола, рассказывает об этом своим друзьям и проходит предварительные консультации. Даже если она впо-

¹⁵ URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-303/06&td=ALL#>

¹⁶ The Equality Act 2010. P. 13.

¹⁷ URL: <http://www.equalityhumanrights.com/legal-and-policy/equality-act/equality-act-codes-of-practice/>

следствии решает обойтись без операции, она также попадает в защищенную группу, так как прошла первую стадию процесса по смене пола. Защита распространяется на тех, кто носит одежду, свойственную противоположному полу как проявление внутреннего ощущения себя лицом иного пола; иные причины ношения одежды противоположного пола к защите лица не приводят.

Для того чтобы находиться в защищенной Актом о равенстве 2010 г. категории, работнику не нужно информировать своего работодателя о смене пола.

4. Замужество и гражданский союз. В «защищенную группу» включаются лица, состоящие в зарегистрированном браке или в гражданском союзе. Один лишь факт совместного проживания (без регистрации) не дает право на защиту от дискриминации со стороны закона¹⁸. В Акте о равенстве не определяются понятия «состоящий в браке» или «гражданский партнер», но они разъясняются в Кодексе практики (Кодекс практики в сфере труда пункт 2.31)¹⁹: под браком понимается официальный союз мужчины и женщины, который признается браком в соответствии с нормативными актами Великобритании; гражданским союзом является зарегистрированный в Великобритании в соответствии с Актом о гражданском партнерстве 2004 г.²⁰ однополый союз. Также Актом о равенстве защищены однополые партнеры, живущие в Великобритании, но создавшие союз за пределами Великобритании по законам других стран²¹. В «защищенную группу» в рамках данного пункта не попадают одинокие или разведенные люди, также не защищены люди, планирующие вступить в брак или создать гражданский союз; не защищены партнеры распавшегося однополого союза. Данная оригинальная позиция законодателя базируется на историческом стремлении защитить от дискриминации замужнюю женщину. Позиция была воспринята британским обществом неоднозначно, но в рамках специальных обсуждений в парламенте в 2008 г. Палата Лордов отвергла идею новой формулировки данно-

¹⁸ Lewis D., Sargeant M. Op. cit. P. 38.

¹⁹ URL: <http://www.equalityhumanrights.com/legal-and-policy/equality-act/equality-act-codes-of-practice/>

²⁰ URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/section/1>

²¹ The Equality Act 2010. P. 16.

го основания дискриминации с использованием конструкции «семейный статус», которая охватила бы не только лиц, состоящих в браке, но и незамужних/неженатых. По мнению британских законодателей, размывание границ защищенной категории не позволит вообще выявить факт дискриминации.

5. **Паса.** Данное основание дискриминации включает в себя цвет кожи, национальность, этническое или национальное происхождение. Национальность или гражданство предполагает правовую связь лица с государством, возникшую по рождению или в результате натурализации. Этническое происхождение является основанием дискриминации, подпадающим под защиту акта о равенстве только в том случае, если работник принадлежит к этнической группе, признаваемой судом таковой (сикхи, евреи, румынские цыгане, ирландские путешественники, шотландские цыгане и шотландские путешественники). Это означает, что человек должен принадлежать к этнической группе, которая расценивает себя и расценена другими как отличное и отдельное сообщество, имеющее определенные особенности. Эти особенности обычно отличают группу от окружающего сообщества (Кодекс практики в сфере труда пункт 2.39).²² Есть две существенных особенности, которые должна иметь этническая группа: длительная общая история и культурные традиции. Кроме того, этническая группа может иметь одну или несколько следующих особенностей: общий язык; общую литературу; общую религию; общее географическое происхождение; группа может являться меньшинством или угнетаемой группой. Этническая группа или национальная группа могут включать новых участников, например человека, заключившего брак с представителем группы. Данные критерии были впервые разработаны в деле *Mandla v Dowell-Lee*²³ в 1983 г., когда мальчик-сикх не был принят на обучение в школу в Бирмингеме по причине того, что его отец не допускал возможности, что его сын подстрижет волосы и перестанет носить тюрбан, как этого требовала введенная в школе униформа. В данном деле сикхи были признаны расовой группой и факт дискриминации был очевиден.

²² URL: <http://www.equalityhumanrights.com/legal-and-policy/equality-act/equality-act-codes-of-practice/>

²³ URL: http://www.hrcr.org/safrica/equality/Mandla_DowellLee.htm

При этом в другом деле *Dawkins v Crown Suppliers* 1993 г.²⁴ Растафарианство не было признано расовой или этнической группой, в связи с чем Тревор Даукинс, не принятый на работу водителем фургона по причине наличия длинных волос, которые он отказался срезать, дискриминации, по мнению суда, не подвергся. В настоящее время в соответствии с Актом о равенстве 2010 г. подобный иск о дискриминации мог бы быть подан в разрезе дискриминации по признаку религии или верований²⁵.

Национальное происхождение предполагает наличие определенных вычлняемых элементов либо исторического и(или) географического характера, которые указывают на существование или предыдущее существование страны. Например, Англия и Шотландия были ранее отдельными странами, у англичан и шотландцев есть критерий национального происхождения. Национальное происхождение может выступать основанием дискриминации и в том случае, если страна на настоящий момент в этом качестве уже не существует (например, Чехословакия) или никогда не была национальным государством в современном смысле. Национальная принадлежность отличается от национальности. Например, люди китайской национальной принадлежности могут быть гражданами Китая, но многие из них гражданами других стран. Человек в силах изменить национальное происхождение лишь спустя несколько поколений.

Расовые группы также защищены Актом о равенстве 2010 г. Под расовой группой понимается группа людей, которые имеют единый цвет кожи, национальность либо этническую или национальную принадлежность. Например, «британцы» могут выступить расовой группой в понимании закона. Все расовые группы защищены от незаконной дискриминации согласно Акту. Работник может включаться одновременно в несколько расовых групп. К примеру, «нигериец» может быть включен в расовую группу по цвету кожи, по национальности либо этнический или нацио-

²⁴ URL: <http://www.independent.co.uk/news/uk/law-report-rastafarians-not-an-ethnic-group-dawkins-v-crown-suppliers-psa-ltd-now-department-of-the-environment--court-of-appeal-lord-justice-neill-lord-justice-beldam-and-sir-john-megaw-29-january-1993-1473362.html>

²⁵ Lewis D., Sargeant M. Op. cit. P. 41.

нальной принадлежности. Расовая группа может включать в себя две или больше отдельных расовых групп. К примеру, «черными британцами» охватывают тех людей, которые являются и темнокожими, и британскими гражданами. Расовая группа может формироваться и путем исключения, например «не британцы».

К сожалению, допустимый объем статьи не позволяет коснуться таких запрещенных оснований дискриминации, как беременность и материнство, а также религия и верования. Данные основания так же подробно, как и описанные выше, разъяснены на уровне нормативной базы Великобритании, нашли отражение в обширной судебной практике. Субъекты, включенные Актом о равенстве 2010 г. в «защищенную группу» действительно могут рассчитывать на восстановление нарушенных прав. Основательный подход государства к разработке и разъяснению положений антидискриминационного законодательства свидетельствует о реальной озабоченности проблемой искоренения дискриминации в трудовых отношениях, что достойно уважения, а в определенных аспектах и подражания.

Небрежное отношение российского законодателя к разработке комплексного механизма защиты работника от дискриминации в трудовых отношениях приводит практически к полному отсутствию в России положительной судебной практики по данной категории дел. Запрет дискриминации, так гордо прозвучавший в Трудовом кодексе, за десять лет не смог в действительности обрести реальным механизмом реализации.

О некоторых особенностях субъектного состава социально-обеспечительных правоотношений

Проблемы субъектного состава социально-обеспечительных правоотношений являлись предметом дискуссий в советской науке права социального обеспечения и не утратили своей актуальности до настоящего времени.

В теории права социального обеспечения социально-обеспечительное правоотношение рассматривается как отношение между физическим лицом и органом социального обеспечения по получению определенного вида социального обеспечения. При этом в связи с реформированием системы социального обеспечения, возрождением страховых начал и появлением договорных форм социального обеспечения понятие «органа социального обеспечения» необходимо толковать расширительно, подразумевая и страхователя, страховщика в отношениях по обязательному социальному страхованию, и организации, предоставляющие социальное обеспечение на договорных условиях.

Правовое положение субъектов социально-обеспечительных правоотношений, по нашему мнению, также претерпело изменения.

В советской науке права социального обеспечения в качестве одного из признаков социально-обеспечительных отношений выделялся их публичный характер, где одной стороной всегда выступает государство или иные органы, наделенные соответствующей компетенцией, а другой – гражданин. Метод права социального обеспечения характеризовался как метод «социально-алиментарных государственно-властных притязаний и предоставлений», в котором правовое положение сторон строилось на абсолютном обязывании для органа социального обеспечения и наличии у физического лица – получателя субъективного права требования предоставления того или иного вида социального обеспечения¹.

¹ См., напр.: Иванова Р. И. Правоотношения по социальному обеспечению в СССР. М., 1986. С. 75.

Для современного состояния отрасли целесообразен дифференцированный подход к правовому положению субъектов в зависимости от организационно-правовой формы социального обеспечения (вида социально-обеспечительного обязательства):

- публичное социально-обеспечительное обязательство, возникающее в рамках правоотношений по государственному социальному обеспечению и государственной социальной помощи или обслуживанию, предполагает сохранение традиционного для советского права социального обеспечения правового положения субъектов: физическое лицо вправе требовать от государственного органа социальной защиты населения предоставления определенного вида социального обеспечения на основаниях и в порядке, предусмотренном законом, при этом стороны не участвуют своей волей в формировании содержания этого обязательства, не могут своим волеизъявлением изменить содержание этого обязательства;

- частно-публичное социально-обеспечительное обязательство, возникающее в рамках социально-страховых отношений, правовое положение сторон по данному виду обязательства позволяет проявлять в определенной мере свободу волеизъявления. Так, ст. 29 Федерального закона «Об обязательном пенсионном страховании в Российской Федерации» от 15.12.2001 г. № 167-ФЗ² выделяет группу страхователей, которые вправе добровольно вступать в отношения по обязательному пенсионному страхованию, например лица, осуществляющие уплату страховых взносов, рассчитанных исходя из стоимости страхового года, в части, превышающей размер страхового взноса. В этом случае стороны путем свободного волеизъявления становятся участниками данного обязательства, но содержание обязательства устанавливается законом;

- договорное социально-обеспечительное обязательство, возникающее при реализации договорных форм социального обеспечения, например пенсионный договор. Добровольные системы страхования и договорные системы социального обеспечения близки по юридической природе к гражданско-правовым отношениям. Правовое положение сторон при договорных фор-

² СЗ РФ. 2001. № 51, ст. 4832.

мах социального обеспечения, по нашему мнению, заключается в следующем: до момента заключения договора стороны равны, после заключения социально-обеспечительного договора при наступлении определенных юридических фактов у гражданина возникает право требования предоставления предусмотренного договором вида социального обеспечения, а у другой стороны договора – корреспондирующая этому праву обязанность данный вид обеспечения предоставить. Так, в соответствии со ст. 14 Федерального закона от 07.05.1998 № 75-ФЗ «О негосударственных пенсионных фондах» фонд обязан выплачивать негосударственные пенсии в соответствии с условиями пенсионного договора³. В отличие от гражданско-правового договора, основанного на принципе абсолютной автономии воли, содержание договорных форм социального обеспечения ограничено пределами договорного регулирования, которые могут устанавливать дополнительные виды социального обеспечения, помимо предусмотренных законом, или увеличивать размер предусмотренных законом видов социального обеспечения.

Что касается отраслевой правосубъектности, то по этому вопросу единодушия ученых не было и в советской науке права социального обеспечения, и в современных исследованиях. Так, еще А. Д. Зайкин делал вывод, что правосубъектность возникает одновременно с правом на определенный вид социального обеспечения, то есть при наличии тех юридических фактов, с которыми закон связывает возникновение права на определенный вид социального обеспечения⁴.

К. С. Батыгин выделял общую и специальную правоспособность физического лица – получателя социального обеспечения, при этом, по его мнению, общая правоспособность возникает с момента рождения, а специальная правоспособность связана с вступлением физического лица в социально-страховые правоотношения и возникает с момента вступления в трудовое правоотношение, а в пенсионные правоотношения – с достиже-

³ СЗ РФ. 1998. № 19, ст.2071

⁴ См.: Советское право социального обеспечения / под ред. А. Д. Зайкина. М., 1982.

ем установленного законодательством возраста⁵. По мнению Э. Г. Тучковой, М. Л. Захарова, социально-страховые отношения характеризуются наличием специальной правосубъектности, возникающей с момента заключения трудового договора или момента начала уплаты страховых взносов⁶. В. С. Аракчеев считает, что должен быть выбран единый термин для общего определения субъекта – получателя социального обеспечения, в качестве которого предлагает понятие «нуждающийся гражданин»⁷.

Интересна позиция, согласно которой в содержании отраслевой правосубъектности выделяются две группы юридических возможностей: постоянная, объем которой одинаков у всех физических лиц, и переменная, которая зависит от состояния здоровья, возраста и иных обстоятельств и объем которой меняется в течение жизни⁸.

Полагаем, что правосубъектность должна носить общий потенциальный характер, а не характеризовать основание возникновения права на определенный вид социального обеспечения. Специфика отрасли права социального обеспечения заключается в том, что признаки субъекта являются юридическими фактами и основаниями дифференциации социально-обеспечительных прав и обязанностей. Так, например, возрастными рамками ограничивается понятие занятости по ст. 2 Закона РФ от 19.04.1991 № 1032-1 «О занятости населения в Российской Федерации»⁹.

Таким образом, возраст, нуждаемость, состояние здоровья, заключение трудового договора, уплата страховых взносов и т. д. являются объективными основаниями социального обеспечения, то есть юридическими фактами, порождающими социально-обеспечительное правоотношение между конкретными субъек-

⁵ См.: Батыгин К. С. Правовые проблемы социального страхования в СССР: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1975.

⁶ См.: Тучкова Э. Г., Захаров М. Л. Право социального обеспечения. М., 2001.

⁷ См.: Аракчеев В. С. Теоретические и практические вопросы общей части права социального обеспечения. Томск, 2001. С. 10–11.

⁸ См.: Мацулевич Ю. С. Граждане как субъекты права социального обеспечения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1990. С. 11.

⁹ СЗ РФ. № 17, ст. 1915.

тами, следовательно, не могут рассматриваться в качестве характеристики правосубъектности.

Думается, что при определении социально-обеспечительной правосубъектности следует опираться на следующие положения:

1) во-первых, на положение об отсутствии единого социально-обеспечительного правоотношения, в рамках которого реализуется право на все виды социального обеспечения. По каждому виду социального обеспечения возникают самостоятельные социально-обеспечительные правоотношения со своим субъектным составом, основанием, объектом и содержанием. При такой отраслевой специфике существование одновременно общей и специальной правосубъектности лишено смысла: возможна либо общая характеристика правосубъектности, либо правосубъектность возникает по каждому конкретному правоотношению и является, таким образом, частью сложного фактического состава правоотношения;

2) во-вторых, имущественный характер социально-обеспечительного правоотношения предполагает выделение в составе правосубъектности правоспособности и дееспособности. Законный представитель может реализовать в интересах несовершеннолетнего его право на получение определенного вида социального обеспечения, например пенсии по случаю потери кормильца¹⁰. Иными словами, такая конструкция необходима для восполнения «недостаточной» дееспособности лица, когда последнее является получателем социального обеспечения в виде денежных выплат или натуральной помощи, а также при выполнении процедуры, необходимой для получения определенного вида социального обеспечения.

При этом правоспособность возникает у каждого физического лица с рождения, поскольку субъектом-получателем социального обеспечения может быть и новорожденный, и страдающий психическим заболеванием, а критерии дееспособности, в силу связанности с правом получения материальных благ, должны определяться по нормам гражданского законодательства, если иное не предусмотрено законами об определенных видах социального обеспечения. Так, в соответствии с п. 7 Правил выплаты ежемесяч-

¹⁰ См., напр.: Тучкова Э. Г., Захаров М. Л. Указ. соч.

ной денежной компенсации гражданам в зависимости от времени проживания (работы) на территориях зон радиоактивного загрязнения вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС, утв. Постановлением Правительства от 31 декабря 2004 г. № 907, выплата компенсации на детей, не достигших 14 лет, производится одному из родителей, бабушке, дедушке или опекуну ребенка;

3) в-третьих, ставшая уже традиционной позиция о целесообразности объединения всего многообразия видов социального обеспечения в несколько организационно-правовых форм (социальное страхование, государственное социальное обеспечение и социальная помощь)¹¹, при этом модель социально-обеспечительного правоотношения (социально-обеспечительного обязательства) и, следовательно, его субъектный состав также должны быть дифференцированы в зависимости от организационно-правовой формы социального обеспечения.

Так, в субъектный состав правоотношений по государственному социальному обеспечению и государственной социальной помощи входят физическое лицо-получатель обеспечения, с одной стороны, и орган социального обеспечения (орган социальной защиты населения, социальная служба), с другой стороны.

Некоторые ученые также выделяют в качестве субъекта социально-обеспечительного правоотношения семью, в частности в случае потери кормильца¹². По нашему мнению, поскольку в качестве получателей пенсии по случаю потери кормильца законом называются конкретные нетрудоспособные члены семьи, у каждого из которых возникает самостоятельное право, существующее до тех пор, пока данное лицо нетрудоспособно, то субъектом данного правоотношения является не семья, а каждый из ее нетрудоспособных членов. Появление в Федеральном законе «О государственной социальной помощи»¹³ такой категории получателей, как «малоимущая семья», позволило некоторым

¹¹ См., напр.: Андреев В. С. Право социального обеспечения в СССР. М., 1980. С. 11.

¹² См., напр.: Мачульская Е. Е. Право социального обеспечения. М., 2011. С. 73, 178; Аракчеев В. С. Указ. соч. С. 8 и след.

¹³ Федеральный закон «О государственной социальной помощи» № 171-ФЗ от 17.07.1999 // СЗ РФ. 1999. № 29. ст. 3699

авторам выделять семью в качестве самостоятельного субъекта отношений по государственной социальной помощи¹⁴. В последующем законодатель применяет понятие «семья» и в других нормативных актах (например, в Социальном кодексе Ярославской области¹⁵), но в качестве получателя пособий, назначаемых семьям, как правило, указывается конкретный субъект (родитель, законный представитель и т. п.) (например, п. 3 ст. 25 Социального кодекса Ярославской области).

Особенности социально-страховых отношений рассматривались еще советскими учеными, в частности К. С. Батыгиным, который считал, что отношения по социальному страхованию представляют собой комплексы неоднородных по характеру отношений, регулируемых нормами различных отраслей права¹⁶. М. Ю. Федорова также считает, что правоотношения по социальному страхованию (социально-страховые правоотношения) – это правовые связи между субъектами социального страхования (застрахованными страхователями, страховщиками и иными органами, организациями и учреждениями), представляющими страховое обеспечение¹⁷.

В качестве субъектов обязательного социального страхования в соответствии со ст. 6 Федерального закона «Об основах обязательного социального страхования» названы страхователи (работодатели), страховщики, застрахованные лица, а также иные органы, организации и граждане, определяемые в соответствии с федеральными законами о конкретных видах обязательного социального страхования. Таким образом, по общему правилу, установленному ст. 6 закона, отношения в сфере обязательного социального страхования возникают между тремя субъектами, каждый из которых осуществляет субъективные права и несет юридиче-

¹⁴ См., напр.: Право социального обеспечения / под ред. М. В. Филлиповой. М., 2006. С. 159.

¹⁵ Закон ЯО «Социальный кодекс Ярославской области» от 19.12.2008 № 65-з // Губернские вести. 2008. 20 дек. № 116.

¹⁶ См.: Батыгин К. С. Правовые проблемы социального страхования в СССР: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1975.

¹⁷ См. Федорова М. Ю. Социальное страхование как организационно-правовая форма социальной защиты населения: проблемы правового регулирования. Омск, 2000. С. 265, 303.

ские обязанности в отношении остальных субъектов. Система социального страхования опосредуется правоотношениями между указанными субъектами, которые носят различный отраслевой характер. Так, отношения между страхователями и страховщиками – это отношения, возникающие в связи с аккумуляцией «общественных средств, составляющих финансовую основу социального обеспечения»¹⁸, которые носят финансово-правовой характер. Отношения между страховщиками и застрахованными лицами (по некоторым видам социального обеспечения между страхователями и застрахованными лицами), связанные с предоставлением определенных видов социального обеспечения, носят собственно социально-обеспечительный характер. Отношения между страхователями и застрахованными лицами носят, как правило, трудовой характер, однако по отдельным видам страхования отношения между страхователями и застрахованными лицами могут носить гражданско-правовой (например, при страховании профессиональных рисков), служебный (страхование по временной нетрудоспособности государственных гражданских служащих), административный характер (медицинское страхование неработающего населения органами исполнительной власти субъектов РФ).

Поскольку социально-страховые правоотношения опосредованы существованием иных отраслевых связей, то и правосубъектность субъектов обязательного социального страхования производна от иной отраслевой правосубъектности: правосубъектность застрахованного лица – от правосубъектности в трудовом или гражданском праве в зависимости от категории застрахованного лица, правосубъектность страховщика и страхователя – от их гражданской правосубъектности.

При этом необходимо отметить, что единой модели обязательного социального страхования для всех его видов законом не предусмотрено. Так, значительной спецификой отличается субъектный состав отношений по обязательному медицинскому страхованию, особенности которого вытекают из специфики социального риска и объекта страхования и заключаются в следующем:

¹⁸ Право социального обеспечения / под ред. М.В.Филипповой. С. 46.

- особенности состава застрахованных лиц: поскольку все граждане являются одинаково подверженными риску необходимости медицинской помощи, то обязательное медицинское страхование является всеобщим, то есть законодатель применяет страховую модель для обеспечения медицинской помощью как работающего (экономически активного), так и неработающего (экономически неактивного) населения;

- особенность такого вида социальной услуги, как медицинская услуга, приводит к появлению особого субъекта в отношениях по обязательному медицинскому страхованию – медицинско-го учреждения, обладающего специальной правосубъектностью;

- особенность медицинской услуги как вида социального обеспечения приводит к тому, что непосредственным получателем ее могут быть лица независимо от возрастного и волевого критериев.

Исходя из вышеизложенного, необходимо сделать следующие выводы.

Субъектный состав собственно социально-обеспечительных правоотношений включает два субъекта: физическое лицо (в отношениях по обязательному социальному страхованию – застрахованное лицо) и орган (организация), осуществляющий социальное обеспечение (в отношениях по обязательному социальному страхованию – страховщик, или страхователь). Для физического лица – получателя социального обеспечения характерна общая правосубъектность, состоящая из правоспособности и дееспособности, производной от дееспособности в трудовых и гражданско-правовых отношениях, наступающей, как правило, с 14 лет. Правосубъектность иных участников социально-обеспечительных правоотношений производна от гражданской правосубъектности, в том числе специальной (для страховщика, страховой медицинской организации, медицинского учреждения, участников негосударственной системы социального обеспечения).

О субъектах акта амнистии

Вопрос о правовой природе амнистии остается в юридической доктрине дискуссионным: это касается и сущностных, и формальных моментов понятия амнистии.

В переводе с греческого *amnestia* – это прощение, милость¹.

Обычно полагают, что в отличие от помилования амнистия носит а) форму *постановления* высшего государственного органа и б) распространяется на группу лиц, *индивидуально не обозначенных* (имеет неперсонифицированный характер)².

Действительно, согласно п. «е» ч. 1 ст. 103 Конституции России объявление амнистии относится к ведению Государственной Думы РФ. Именно она является **субъектом** принятия акта амнистии. В частности, со времени принятия Конституции 1993 г. в России принято Государственной Думой по различным поводам 18 постановлений, под которые попало весьма значительное число осужденных; только по трем амнистиям (1999–2001 гг.) были освобождены от наказания в виде лишения свободы около 260 тыс. человек³, отнесенных в соответствии с актом об амнистии к категории принимавших участие в боевых действиях по защите Отечества и выполнению воинского долга; награжденных орденами и медалями; инвалидов I и II группы, несовершеннолетних и женщин.

Однако не во всех странах акты амнистий имеют форму постановлений. Так, в силу базового Закона «О применении амнистии в Украине» (в ред. 2011 г.) разовые амнистии (не чаще раза в год) объявляются *Законом* Верховной рады Украины и касаются индивидуально неконкретизированного круга лиц. Соответственно в украинской теории утверждается, что «**Амнистия – это специальный вид освобождения от уголовной ответственности**

¹ Краткий словарь иностранных слов / сост. С. М. Локшина. М., 1974. С. 23.

² См.: Гришко А. Я. Амнистия и помилование. Рязань, 2006. С.25–26; Курс уголовного права. Общая часть / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. Т. 2. М., 2002. С. 265.

³ См.: Гришко А. Я. Указ. соч. С. 3.

(полный вид освобождения) или от наказания (полного или частичного освобождения) определенной категории лиц, виновных в совершении преступления, что осуществляется судом на основе соответствующего акта (закона об амнистии), принятого Верховной Радой Украины»⁴; она затрагивает индивидуально неопределенный круг лиц.

Из сказанного следует, что субъектом применения акта амнистии в Украине выступает **суд**, и только суд. В связи с этим заметим, что передача процесса реализации акта амнистии суду по сути ликвидирует институт освобождения от уголовной ответственности по амнистии, с чем трудно согласиться⁵. В этом плане показательно, что по Закону Украины «Об амнистии в 2011 году» (ст. 6)⁶ освобождаются от уголовной ответственности лица, указанные в ст. 1 Закона, «уголовные дела в отношении которых находятся в производстве органов предварительного расследования или не рассмотрены судами, а также рассмотрены судами, но приговоры не вступили в законную силу...».

В итоге сложилась парадоксальная ситуация, возникшая из-за того, что практически одновременно были приняты в новой редакции базовый закон (он в таком виде вступил в действие с 1 января 2012 года) и ежегодный закон об амнистии 2011 года (он вступил в действие раньше, со дня его опубликования). И хотя субъект принятия обоих законов остался тем же, содержание их в рассматриваемой части разошлось. Заметим, что последняя ежегодная амнистия – самая масштабная за все годы существования Украины как самостоятельного государства: из 155 тыс. украинцев, содержащихся в местах лишения свободы, по экспертным

⁴ Маляренко В. Т., Музика А. А. Амністія та помилування в Україні. Київ, 2007. С. 17.

⁵ Иной позиции придерживаются те, кто считает, что поскольку амнистия считается нереабилитирующим основанием, в силу презумпции невиновности она не должна применяться до вступления в силу приговора. При этом забывается, что не считающее себя виновным лицо может в суде настаивать на продолжении рассмотрения дела по существу (ч. 2 ст. 37 УПК РФ), поскольку затрагиваются вопросы не только его уголовной, но и государственно-правовой ответственности, в частности связанной с ограничением избирательных прав.

⁶ Сайт ВР. Реестр № 7400.

оценкам могут быть освобождены от наказания порядка 10 тыс. человек.

Иной вопрос – носит ли акт об амнистии нормативно-правовой характер, можно ли признать субъекта этого акта **нормотворцем**.

Прежде всего обратим внимание на то, что обычно в теории права говорят и пишут об уголовно-правовых амнистиях, хотя, как известно, она может быть также административной, налоговой, финансовой, дисциплинарной и т. д. Например, в постановлении ВЦИК об амнистии 1934 г. было сказано:

«...7. Сложить невзысканные штрафы до 100 рублей включительно, наложенные в судебном или административном порядке. ... 9. Освободить всех военнослужащих частей, расположенных на территории Северной Осетии, от взысканий, наложенных на основании правил дисциплинарного устава Рабоче-крестьянской красной армии»⁷. Следовательно, амнистия способна устранять применение и административных, и дисциплинарных мер воздействия.

Из сказанного следует, что нельзя этот феномен ограничивать сферой проявления милосердия лишь в уголовном правосудии, признавать его уголовно-правовым институтом⁸. Во-первых, как уже было сказано выше, амнистия может касаться не только уголовно-правовых аспектов, она способна регламентировать также отказ от административных, дисциплинарных мер и т. д., и в этом смысле можно говорить о возможном комплексном характере амнистии⁹.

Во-вторых, не надо смешивать субъектов **принятия** нормативного акта и его **правоприменения**. Амнистия объявляется (принимается) Государственной Думой, что предполагает вместе с тем в дальнейшем ее применение соответствующим субъектом: относительно вопросов дисциплинарной ответственности – на-

⁷ СУ. 1934. № 32, ст. 194.

⁸ См.: Карпушин М. П., Курляндский В. И. Уголовная ответственность и состав преступления. М., 1974. С. 224; Зельдова О. С. Роль амнистии в осуществлении советской уголовной политики: автореф. ... дис. канд. юрид. наук. М, 1987.

⁹ Марогулова И. Л. Амнистия и помилование в российском законодательстве. М., 1998. С. 53.

чальником, административной ответственности – государственным, муниципальным органом или должностным лицом, налоговой – органом финансового контроля и т. д.

Отсюда важно определить прежде всего признаки не видового, а родового понятия амнистии. Поскольку амнистирование – это право государственной власти, предоставленное ей конституцией и отсылающее к сферам, регулируемым различными отраслями права (уголовного, административного, налогового, трудового законодательства и т. д.), представляется верным мнение, что амнистию следует считать актом, относящимся к области государственной власти, к политике и в соответствии с этим – к области конституционного права¹⁰. Приведенные выше определения относятся к уголовно-правовой амнистии, однако основные моменты (высший орган власти как субъект правотворчества, нормативный характер акта, субъекты приложения – индивидуально неопределенный круг лиц) касаются сущностных черт всякой амнистии.

Таким образом, амнистия представляет собой решение Государственной Думы Федерального Собрания РФ в виде постановления, регламентирующего позитивного характера изменения правового статуса индивидуально неопределенного круга лиц, совершивших преступление.

В то же время следует в значительной мере согласиться с мнением, что в Российской Федерации «амнистия, являясь вопросом, который должен быть отнесен к предмету конституционного права, юридически не обоснована, т. е. не имеет легитимации, отвечающей ее политической сущности как акта государственной власти»¹¹. В этом плане недостаточно содержащегося в Конституции РФ упоминания об амнистии в самой общей форме («в ведении Российской Федерации находятся... амнистия и по-

¹⁰ См. также: Келина С. Г. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. М., 1974. С. 87; Баранникова И. Г. Амнистия как институт конституционного права // Общество и право. 2009. № 4; Скибицкий В. В. Освобождение от уголовной ответственности и отбывания наказания. Киев, 1987; и др.

¹¹ Сотников С. А. Амнистия в уголовном праве России. М., 2010. С. 19.

милование»), равно как и выделения в УК РФ нормы ст. 84 об амнистии. Нужен, как это уже осуществлено, в частности, в Украине, Закон об амнистии¹², в котором были бы прописаны условия, основания и последствия амнистирования.

Изложенное в то же время не снимает с повестки дня дискуссионный вопрос о том, можно ли признать нормы акта об амнистии – при наличии в них уголовно-правовых положений – уголовно-правовыми (видовым понятием). Например, постановление «Об объявлении амнистии в связи со 100-летием учреждения Государственной Думы в России» целиком касается послаблений уголовно-правового характера («освободить от наказания», «прекратить находящиеся в производстве уголовные дела» и т. п.)¹³.

Отличается крайностью, на наш взгляд, суждение, что акт амнистии лишен нормативных черт и уже поэтому он не относится к области уголовного права¹⁴.

У тех, кто склонен признавать подобные акты носящими комплексный характер, не возникает никаких сомнений: налицо не только конституционные предписания, но и уголовно-правовые нормы, институт уголовного права¹⁵. «Амнистия в широком нормативно-правовом значении, – утверждает в юридической литературе, – представляет собой межотраслевой юридический институт, включающий нормы конституционного, уголовного, уголовно-процессуального, уголовно-исполнительного и других отраслей права. Принципиальное единство этого института подтверждается его общим названием, которое воспроизводится всеми отраслями права, а также общими принципами действия,

¹² Такое предложение уже не раз высказывалось и в теории права (см.: Раева А. С. За и против амнистии // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2008. № 6; Фоков А. П. Об объявлении амнистии в связи с 65-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941–1945 годов // Российский судья. 2010. № 6. С. 2–3).

¹³ СЗ РФ. 2006. № 17 (часть 1), ст. 1815.

¹⁴ См.: Дурманов Н. Д. Советский уголовный закон. М., 1967. С. 36; Синцова Т. А. Амнистия и помилование в советском государственном праве // Правоведение. 1969. № 6. С. 118–120.

¹⁵ См.: Марогулова И. Л. Указ. соч. С. 53; Сотников С. А. Указ. соч. С. 16; Саженков Ю. В., Селиверстов В. И. Правовые проблемы помилования в России. М., 2008.

сохраняющимися на всех уровнях правового регулирования. Вполне можно говорить об интеграционном характере амнистии, имеющей своим источником законодательные акты разной правовой принадлежности»¹⁶.

Но так ли это? Во-первых, согласно ч. 1 ст. 9 УК РФ по общему правилу применению подлежит уголовный закон времени совершения виновным лицом преступления. Иное правило действует при амнистии: применяется закон, действовавший на момент ее *принятия*, в отношении лиц, совершивших преступления до вступления постановления в силу и нередко к тому же осужденных, отбывающих наказание на территории России.

Во-вторых, после выхода в свет постановления об амнистии уголовный закон продолжает свою «жизнь»: его предписания не отменяются и не изменяются, они действуют как бы параллельно с положениями об амнистии, причем срок действия амнистии всегда строго ограничен определенными пределами – 1, 3 месяца, шесть месяцев и т. д., по истечении которых акт об амнистии утрачивает свою юридическую силу, т. е. они носят единовременный характер, представляют собой разовую акцию. Подобное для уголовного закона нехарактерно: он действует по общему правилу бессрочно, вплоть до его отмены или замены (юридической или фактической).

Отсюда можно сделать вывод, что предусмотренные актом амнистии *конституционные* нормы носят *бланкетный* характер, отсылая к отраслевым нормам – уголовного, уголовно-процессуального, уголовно-исполнительного, административного, трудового права и т. д. «*Бланкетные нормы*, – говорится в одном из учебников по общей теории государства и права, – содержат общую установку, общее направление действия субъектов права»¹⁷.

В уголовном законодательстве конкретизирующей базой для этого служит ст. 84 УК РФ. Согласно её ч. 2 возможны следующие варианты решения при амнистировании:

- освобождение от уголовной ответственности (полная амнистия);
- освобождение от наказания (полная амнистия);

¹⁶ Баранникова И. Г. Указ. соч. С. 13.

¹⁷ Радько Т. Н. Теория государства и права. М., 2012. С. 164.

- сокращение назначенного наказания (частичная амнистия);
- замена его более мягким видом наказания (частичная амнистия);
- освобождение от дополнительно вида наказания (частичная амнистия).

Кроме того, с лиц, отбывших наказание, может быть снята судимость¹⁸.

Как следует из изложенного, по своей природе и содержанию акт об амнистии имеет две составляющие: *правоустановление* высшего государственного органа относительно условий, основания и последствий применения данного акта (субъект – государство), и последующее *правоприменение*, осуществляемое уполномоченными на то органами государственной власти и должностными лицами, в ходе которого проверяется наличие в каждом конкретном случае условий и оснований применения акта амнистии и выносится строго индивидуальный (персонифицированный) акт правоприменения, определяются правовые последствия. Так, если законодатель зафиксировал, что подлежат освобождению от наказания а) осужденные к лишению свободы, б) на срок до шести лет, в) ранее не отбывавшие наказания в исправительных учреждениях, г) беременные женщины¹⁹, то правоприменитель, установив наличие всех названных условий и оснований, а также отсутствие препятствующих применению акта амнистии обстоятельств, выносит свой положительный вердикт.

Таким образом, вердикту предшествует проверка наличия определенной категории преступлений и лиц, их совершивших, а нередко также определенного вида и срока наказания, отбывания части его и т. д. Фиксируется отсутствие препятствующих применению амнистии, оговоренных в постановлении обстоятельств (злостное нарушение установленного порядка отбывания наказания, применение в прошлом акта амнистии или помилования и т. д.). При этом «решение о при-

¹⁸ См., например: О снятии судимости с бывших заключенных, добровольно оставшихся после отбытия срока наказания для работы на строительстве канала Москва-Волга // ВВС СССР. 1938. № 6.

¹⁹ СЗ РФ. 2001. № 50, ст. 4694.

менении акта об амнистии принимается в отношении каждого лица индивидуально»²⁰.

В целом же акт об амнистии как нормотворческое решение носит, на наш взгляд, характер конституционного предписания, и уголовный (а равно иной отраслевой) закон в этом отношении не может ограничивать правотворца в его полномочиях, конкретизируя и раскрывая в то же время отдельные положения этого предписания.

Как это следует из принятых за прошедшее время актов амнистирования (102 акта), сложилась определенная их структура: преамбула; освобождение от уголовной ответственности; освобождение от отбывания наказания, в т. ч. осужденных условно или с отсрочкой исполнения приговора; освобождение от дальнейшего отбывания наказания; сокращение неотбытой части наказания; замена наказания более мягким видом; освобождение от дополнительного вида наказания; категории преступлений и лиц, к которым амнистия неприменима. Случаются отдельные отступления, связанные с исключением отдельных его звеньев (в частности, всё реже говорится о снятии судимости), но в целом приведенная структура в актах об амнистии выдерживается.

Нуждается в обсуждении вопрос о мотивах принятия субъектом актов об амнистии соответствующих решений. В основе таких решений должны лежать в первую очередь мотивы прощения, милости к «падшим». Это в определенной мере подтверждается содержащимися в преамбуле большинства постановлений фразами: «руководствуясь принципом гуманизма», «проявляя гуманизм», «руководствуясь гуманной целью», «считая возможным и необходимым (стремясь) облегчить участь осужденных» и т. п.²¹

Вместе с тем конституционный характер постановлений об амнистии не может не накладывать свой отпечаток на причины их появления. «Амнистия есть мера политическая, есть политика», – писал В. И. Ленин²². И это действительно так, что видно из текста соответствующих преамбул постановлений об амнистии:

²⁰ СЗ РФ. 2006. № 17 (часть первая), ст. 1815.

²¹ См. также: Кукушкина О. Ю. Роль амнистии в правовом государстве // Адвокатская практика. 2001. № 5. С. 5; Раева А. С. Указ. соч.

²² Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 23. С. 36.

«в целях национального примирения, достижения (укрепления) гражданского мира и согласия», «в ознаменование», «в связи с принятием Конституции», «учитывая, что исчерпаны иные возможности решения вопроса мирным путем» и т. д.

Наряду с указанными, в юридической литературе называют и сугубо прагматические цели амнистирования: сверхлимитное наполнение мест лишения свободы (переполненность, перенаселенность), невозможность обеспечить надлежащее финансирование мест лишения свободы (недофинансированность), массовое заражение осужденных туберкулёзом, целесообразность, сглаживание жёсткости судебной системы (компенсация излишеств при уголовном преследовании). И что бы ни говорили в опровержение приведенных мотивов и целей, остается непреложным этот факт. Амнистии во многом предопределены хроническим недофинансированием государством мест лишения свободы, их «перенаселением», как утверждает, в частности, П. А. Кузьмин²³.

По числу лиц, содержащихся в местах лишения свободы, Россия занимает одно из первых мест в мире: до недавних пор эта цифра составляла свыше миллиона человек, в 2009 г. она снизилась до 900 тыс., в настоящее время государственной властью поставлена задача в обозримом будущем снизить численность «сидельцев» до 400–450 тыс. человек.

Посильно ли решить задачу сокращения контингента лишенных свободы посредством расширения доли амнистированных? Думается, без ущерба для общества, нет. Амнистирование имеет свои очевидные минусы: ставится под ещё больший вопрос обеспечение неотвратимости уголовной ответственности, до-

²³ См.: Кузьмин П. А. Некоторые проблемы института амнистии // Уголовное право, экономика, управление. 2008. № 6. В том же ключе рассуждают многие другие юристы: места заключения вынуждены принимать столько людей, сколько получили приговоры с лишением свободы. В рамках того скудного бюджета, который даётся, необходимо разместить осужденных в колониях, кормить и лечить их. По мнению же части правозащитников, амнистия появляется тогда, когда плохо работает система уголовного преследования, когда она наказывает людей чересчур жестоко, когда слишком много людей лишают свободы. Последнее из приведенных суждений нам представляется небесспорным, хотя и разделяется официальными властями.

стижение целей наказания²⁴. Растет ощущение безнаказанности среди нарушителей уголовного закона. Непозволительно велик уровень рецидива среди тех, кто подвергается освобождению по актам амнистии (до 60%). Причина ясна: уровень предъявляемых к амнистируемому лицу требований невысок: он минимален в отличие от условно-досрочно освобождаемых, помилованных и т. п. Отсюда «свалившаяся» на лиц амнистия нередко воспринимается ими и частью населения как всепрощение, она оказывается неадекватной заложенной в ней идее милосердия, прощения; данный контингент вновь пополняет места лишения свободы, совершая новые преступления. По данным А. И. Долговой, в 1997–2000 гг. число лиц, повторно совершивших преступления после освобождения их по амнистии, выросло в 2,5 раза, а их удельный вес в общем числе преступников, ранее совершивших преступления, увеличился с 2,4 до 5,3%. При этом с ростом числа амнистированных лиц возрастает почти в такой же пропорции число тех, кто вновь совершает тяжкие и особо тяжкие преступления²⁵.

Каким видится выход в создавшейся ситуации?

Он состоит, на наш взгляд, во-первых, во введении ряда ограничительных условий в акты амнистии, таких как обязательное положительное поведение лица после совершения преступления (а не только злостные нарушения режима содержания как ограничительное условие), а при лишении свободы – отбытие к тому же обязательной части срока наказания; применение в прошлом акта амнистии, помилования, условно-досрочного освобождения и т. п. Сомнительно допускаемое большинством актов об амнистии отступление от половозрастного (гендерного) принципа: многими актами амнистии предусматривается, например, освобождение от наказания категории лиц преимущественно женского пола [22; 23; 24; 25; 26], женщин, достигших возраста 50 или 55 лет, а мужчин – только достигших 60 или 65 лет²⁶. Подобная половозрастная дифференциация противоречит принципам равенства и справедливо-

²⁴ См. Григорян В. А. Амнистия: теория и практика применения // Следователь. 2004. № 7. С. 10.

²⁵ Цит. по: Докина И. А. К вопросу об амнистии // Российский судья. 2002. № 6. С. 46.

²⁶ Там же.

сти. Оправданно освобождение от уголовной ответственности и от наказания инвалидов; беременных женщин; лиц обоего пола, имеющих несовершеннолетних детей или детей-инвалидов, а также имеющих на иждивении нуждающихся в помощи и поддержке родителей престарелого возраста. Необходимо исключить, как это и предлагается в юридической литературе, такое применение амнистий, когда главной их задачей ставится решение проблемы переполненности мест лишения свободы²⁷.

Во-вторых, необходима тщательно продуманная система мер по адаптации амнистированных, включающая бытовое (обеспечение «крыши над головой»), трудовое (трудоустройство), медицинское обслуживание, а также жёсткий (особенно на первом этапе) административный надзор, запрещение служить в правоохранительных и иных силовых структурах. Невыделение на эти цели финансовых и административных ресурсов ведет к многократно возрастающим потерям в случаях допускаемых амнистированными лицами правонарушений, в т. ч. уголовно-правового характера.

Мы не сторонники полного или частичного отказа от уголовно-правовых амнистий, как это предлагается в теории уголовного права. С. Н. Сабанин, в частности, мотивирует своё предложение тем, что при издании актов амнистии нарушается принцип справедливости. По его мнению, единственным основанием для применения досрочного освобождения осужденных должна служить степень их исправления, снижение их общественной опасности. Амнистии же не позволяют тщательно изучать поведение, физическое и психическое состояние каждого лица, поскольку распространяются на целые категории осужденных²⁸.

С государственной, политической точки зрения амнистия – это нередко путь к установлению мира в регионе или в целом в обществе, путь к стабильности отношений среди населения, способ урегулирования подчас близких к тупику ситуаций²⁹.

²⁷ Раева А. С. Указ. соч.

²⁸ См.: Сабанин С. Н. Справедливость освобождения от уголовного наказания. Екатеринбург, 1993. С. 158–159.

²⁹ См., например: Зимина Е. Амнистия боевиков – путь стабильности России // Новости Федерации. 2006. 19 сент.

Признаки субъекта преступления в «водвороте» современной уголовной политики

В последнее десятилетие УК РФ подвергается бесконечной и ничем не оправданной перестройке, став заложником проводимой в стране уголовной политики, лишенной свойств системности и последовательности. Не остались в стороне от этих процессов и признаки субъекта преступления, прямо не связанные с самим преступлением (наличие судимости и т. д.). А в 2010–2012 гг. стали активно обсуждаться идеи, концептуально значимые для общего понятия субъекта преступления, – о придании статуса субъекта преступления организациям и понижении возраста, с которого наступает уголовная ответственность. Учитывая тематику данного выпуска «Юридических записок», мы сочли возможным изложить свою позицию по каждому из этих, вне всякого сомнения, принципиальных вопросов.

1. Оценка использования при построении основных или квалифицированных составов преступлений свойств субъектов преступлений, которые прямо не связаны с преступлением. Это, в частности, признак судимости за тождественные или аналогичные преступления (специальный рецидив) и административная преюдиция. Российский законодатель весьма непоследователен в своем отношении к такого рода признакам. С одной стороны, в 2003 г. он отказался от использования специального рецидива как квалифицирующего признака (равно как и от признака неоднократности). С другой стороны, начиная с 2009 г. в уголовном законе расширяется сфера административной преюдиции. Природа же указанных феноменов единая – это свойства субъекта преступления, прямо не связанные с самим преступлением.

Сущность административной преюдиции заключается в привлечении к уголовной ответственности при условии, если деяние совершено в течение определенного периода времени после привлечения к административной ответственности за аналогичное или тождественное правонарушение (однократного или неодно-

кратного привлечения). Составы с административной преюдицией были известны еще УК РСФСР 1922 г., в УК РСФСР 1926 г. их количество увеличилось, а в УК РСФСР 1960 г., напротив, сокращено. При разработке УК РФ 1996 г. было решено отказаться от использования таких составов, поскольку их наличие противоречило самой концепции Кодекса и Конституции РФ. Указывалось, в частности, что наличие административной преюдиции в нормах уголовного закона нарушает конституционный принцип о том, что никто не может быть повторно осужден за одно и то же правонарушение (ст. 50 Конституции РФ)¹. В то же время в скрытом виде административная преюдиция фактически существовала и в первоначальной редакции УК РФ, в частности в составах с признаком «злость» (например, в ст. 157, 177, 315 УК). Да и в ст. 154, 180 УК с момента принятия УК РФ и до сих пор фигурирует неоднократность, также выступающая завуалированным проявлением административной преюдиции.

В 2009 г. идея возврата в УК РФ административной преюдиции в непосредственном виде была встречена массой критики. Указывалось, что введение административной преюдиции по ряду составов создаст неизбежные конституционно-правовые и процессуально-правовые сложности. Учитывая, что привлечение к административной ответственности не сопровождается теми конституционными гарантиями, которыми сопровождается привлечение к уголовной ответственности, и в большинстве случаев осуществляется несудебными органами, возникнет ситуация, при которой признак состава преступления будет устанавливаться не уголовным судом, а иным судом или даже внесудебным органом. Это с неизбежностью поставит вопрос о соблюдении РФ в этой части положений ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. и станет предметом внимания со стороны Европейского суда по правам человека². Н. Ф. Кузне-

¹ См. об этом: Ямашева Е. В. К вопросу о восстановлении института административной преюдиции в уголовном законе России // Журнал российского права. 2009. № 10. С. 69–79.

² См.: Отзыв кафедры уголовного права Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина на проект Федерального закона «О внесении дополнений и изменений в Уголовный

цова отмечала также, что «между преступлениями и проступками не количественное, а качественное различие. Поэтому количество проступков неспособно перерасти в качество преступления («сто кошек не могут образовать одного тигра»)³.

Несмотря на столь серьезную критику, в 2009 г. законодателем была поддержана идея административной преюдиции. В ч. 1 ст. 178 УК (состав недопущения, ограничения или устранения конкуренции) был введен признак неоднократности, а в примечании 4 к этой статье он раскрыт как совершение лицом злоупотребления доминирующим положением более двух раз в течение трех лет, за которые указанное лицо было привлечено к административной ответственности. Таким образом, общественная опасность экономического преступления связана законодателем с опасными свойствами личности экономического преступника. В последующем в УК РФ сфера административной преюдиции была расширена. К сожалению, нововведения в части административной преюдиции имеют бессистемный характер, не согласованы с административным законодательством, имеют иные дефекты, но это тема отдельного повествования.

На наш взгляд, использование административной преюдиции как криминообразующего признака вполне обосновано. Основанием криминализации является общественная опасность акта человеческого поведения⁴, которая складывается из общественной опасности деяния и общественной опасности личности его субъекта. Уголовная политика нашего государства в разные исторические периоды впадала в крайности в этом вопросе, преувеличивая то опасность деяния, то опасность личности. Думается, что в вопросах криминализации (равно как и дифферен-

кодекс Российской Федерации», находящийся на рассмотрении Общественной палаты Российской Федерации. URL: http://www.sartraccc.ru/i.php?oper=read_file&filename=Law_ex/e_pz_-uk09.htm.

³ См.: Кузнецова Н. Ф. Главные тенденции развития российского уголовного законодательства // Уголовное право в XXI веке: материалы межд. науч. конф. М., 2002. С. 12.

⁴ Основания уголовно-правового запрета: Криминализация и декриминализация. М., 1982. С. 210; Лопашенко Н. А. Основы уголовно-правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика. СПб., 2004. С. 280–281.

циации ответственности), так же как и во многих иных, истина находится посредине. Здесь «золотая середина» видится в том, чтобы и криминализация, и дифференциация уголовной ответственности опирались на учет как объективных свойств общественной опасности человеческого поведения, так и опасности личности преступника.

Ключевой вопрос, таким образом, состоит в том, как понимать общественную опасность преступления. Если, как это нередко делается, трактовать ее как существенную вредоносность деяния или опасность причинения им существенного вреда⁵, то, действительно, соответствующие свойства субъекта не могут приниматься в расчет ни в процессе криминализации, ни в процессе дифференциации ответственности. Очевидно, что вредоносность не зависит от свойств субъекта, прямо не связанных с преступлением. Однако такое понимание общественной опасности представляется ошибочным. Общественная опасность – это опасность деяния, уровень которой определяется набором всех присущих этому деянию признаков, включая и характер самого действия (бездействия), и вред, и форму вины, и мотив или цель, и признаки субъекта и т. д. Анализ уголовного закона неопровержимо, по нашему мнению, доказывает правильность именно такого подхода. Например, при прочих равных условиях и *совпадающую вредоносность* умышленное причинение смерти (убийство) наказывается по УК строже, нежели причинение смерти по неосторожности. Поэтому общепризнано, что общественная опасность убийства выше, чем опасность неосторожного причинения смерти. Значит, общественная опасность не сводима к вреду или иным объективным характеристикам содеянного, она определяется более широким спектром признаков, в данном случае – формой вины.

В случае административной преюдиции объективно, конечно же, вредоносность второго или третьего нарушения не повышается, но опасность личности субъекта возрастает, а, следовательно, в целом возрастает общественная опасность такого поведения. Это и позволяет учитывать данный фактор при построении основных составов преступлений.

⁵ См., напр.: Наумов А. В. Российское уголовное право: Общая часть: курс лекций. М., 1996. С. 118.

Но если в процессе криминализации правомерен учет опасных свойств личности, то логично эту идею применять и в сфере дифференциации уголовной ответственности. Основанием дифференциации выступает резкий перепад в типовой степени общественной опасности⁶, а потому при существенном увеличении опасности личности (например, в случае специального рецидива) есть все основания конструировать квалифицированный состав преступления. С учетом этого мы и выступаем за восстановление специального рецидива (однородных и тождественных преступлений) как квалифицирующего признака. Отказ от его использования в 2003 г. при построении квалифицированных составов преступлений, по нашему мнению, был не оправдан ни методологически, ни с учетом современных криминологических реалий. Отсюда, мы приветствуем возврат специального рецидива в УК РФ в 2012 г. в рамках «антипедофильского» пакета поправок (в ч. 5 ст. 131 УК и т. д.). Правда, логически необъяснимо, почему этот признак использован при дифференциации ответственности только за половые преступления, но это, повторимся, вопрос в целом об уголовной политике, ее бессистемности, непоследовательности и пр. На наш взгляд, напрашивается системное насыщение уголовного закона квалифицирующими признаками специального рецидива.

Подчеркнем, что наша позиция основана и на анализе криминологической ситуации в стране. Доминирующей криминологической тенденцией в России признается рост рецидивной преступности⁷. Сегодня из числа лиц, совершивших преступления и выявленных, ранее совершали преступления более 38%⁸. Ясно,

⁶ См. об этом: Кругликов Л. Л. Смягчающие и отягчающие ответственность обстоятельства в уголовном праве. Воронеж, 1985. С. 56–63; Кругликов Л. Л., Савинов В. Н. Квалифицирующие обстоятельства: понятие, виды, влияние на квалификацию преступлений. Ярославль, 1989. С. 34–42.

⁷ Подробнее об этом см.: Липилин А. Г. Состояние рецидивной преступности и проблемы ее профилактики // Российский следователь. 2007. № 13. С. 35.

⁸ См.: Общие сведения о состоянии преступности за январь–сентябрь 2011 года. URL: http://sartracc.ru/i.php?oper=read_file&filename=crimstat.htm (сайт Саратовского Центра по исследованию проблем организованной преступности и коррупции).

что значительная часть этих повторно совершенных преступлений содержит и признаки рецидива.

2. *Оценка законодательной инициативы о придании статуса субъекта преступления юридическому лицу.* Вопрос о признании юридических лиц субъектом преступления остается дискуссионным в отечественной науке уголовного права; хорошо известны аргументы «за» и «против»⁹. Более того, в процессе подготовки УК РФ разработчики одного из его проектов предлагали ввести уголовную ответственность для юридических лиц. Это обосновывалось тем, что привлечение к ответственности физических лиц – руководителей организаций за вред, причиненный этими организациями, по существу является объективным вменением, так как указанные лица, как правило, действовали в соответствии со сложившейся практикой. К тому же вред, причиняемый юридическими лицами при неуплате налогов, загрязнении окружающей среды, несоизмерим с размером вреда, причиненного отдельными гражданами¹⁰. Аналогичные предложения звучат до сих пор¹¹. В 2011 г. защищена докторская диссертация Е. Ю. Антоновой, в которой она обосновывает необходимость введения института уголовной ответственности юридических лиц и иных коллективных образований¹². Весной 2009 г. группой авторов (Г. А. Есаков, С. Г. Келина, А. И. Рарог) был подготовлен проект закона, вво-

⁹ См. об этом: Волженкин Б. В. Уголовная ответственность юридических лиц. СПб, 1998. С. 11–23; Антонова Е. Ю. Юридическое лицо как субъект преступления: опыт зарубежных стран и перспективы применения в России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 1998; Иванцов П. П. Проблема ответственности юридических лиц в российском уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2001.

¹⁰ См.: Пояснительная записка к проекту УК РФ // Российская юстиция. 1994. № 6. С. 53. См. также: Уголовный кодекс Российской Федерации (Общая часть): Проект. М., 1994. С. 56–57; Келина С. Г. Уголовная ответственность юридических лиц в проекте нового УК Российской Федерации // Уголовное право: новые идеи / отв. ред. С. Г. Келина, А. В. Наумов. М., 1994. С. 50–60.

¹¹ См.: Полный курс уголовного права: в 5 т. / под ред. А. И. Коробеева. Т. I: Преступление и наказание. СПб., 2008. С. 436–437.

¹² Антонова Е. Ю. Концептуальные основы корпоративной (коллективной) уголовной ответственности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2011. С. 11 и др.

дящий в УК РФ уголовную ответственность юридических лиц¹³. В настоящее же время аналогичный законопроект внесен в парламент нашей страны Следственным комитетом РФ¹⁴.

Одним из главных доводов сторонников корпоративной уголовной ответственности является ссылка на зарубежный опыт, в частности опыт США, Франции, Голландии. *Например, в УК Техаса корпоративным субъектам уголовной ответственности посвящена подглава «В» «Корпорации и ассоциации». Статья 7.22 этой подглавы УК непосредственно определяет пределы уголовной ответственности корпорации или ассоциации, которые заключаются в следующем.* Если поведение, составляющее посягательство, осуществляется представителем, действующим от имени корпорации или ассоциации и в пределах своих должностных или служебных полномочий, такая корпорация или ассоциация подлежит уголовной ответственности за совершение посягательства. Ответственность корпораций предусмотрена также большинством других штатов США (Нью-Йорк, Пенсильвания, Огайо и т. д.), которые в этом вопросе восприняли рекомендации Примерного УК США¹⁵. В литературе в этой связи приводятся даже различные классификации экономических преступлений, совершаемых корпорациями¹⁶.

Однако наличие в праве США и ряда других стран (которых, заметим, отнюдь не большая часть в мире) норм об уголовной ответственности организаций, равно как и иные доводы сторонников рассматриваемой позиции, представляются малоубедительными. Введение уголовной ответственности организаций, на наш взгляд, лишено практического смысла, поскольку усиление мате-

¹³ Проект этого закона приведен в приложении к следующей статье: Есаков Г. А. Уголовная ответственность юридических лиц в российском праве: история и современность // Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт: материалы совместного российско-германского круглого стола, 9 октября 2009 г. М., 2009. С. 76–100.

¹⁴ Текст проекта см.: Российская газета. 2001. 12 окт. С. 3–7.

¹⁵ См.: Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты / под ред. О. А. Жидкова. М., 1993. С. 654–656.

¹⁶ Подробнее об этом см.: Дементьева Е. Е. Экономическая преступность и борьба с ней в странах с развитой рыночной экономикой: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 15–16; Шнайдер Ганс Йоахим. Криминология. М., 1994. С. 48.

риальной ответственности за вред, причиненный юридическими лицами, может быть осуществлено на основании норм гражданского, административного, экологического, финансового и иных отраслей права. На основании норм этих же отраслей права возможно применение к организациям и суровых организационных мер, например их ликвидация или приостановление деятельности (ст. 56, 61 ГК РФ и т. д.). Действенность современного законодательного подхода доказывает обширная практика совместного применения норм уголовного и финансового права в борьбе с налоговыми преступлениями. Налогового преступника привлекают к уголовной ответственности, а организацию – к налоговой.

Иные же наказания, известные УК, ориентированы лишь на физических лиц как субъектов преступлений. Очевидно, что организацию нельзя лишить свободы, принудить к выполнению обязательных или исправительных работ, ограничить свободу ее передвижения и т. д. Поэтому, на наш взгляд, не имеет никакого смысла отступать от принципа личной (персональной) ответственности в уголовном праве.

3. *Оценка идеи понижения возраста, с которого наступает уголовная ответственность.* «Законопроект о снижении возраста уголовной ответственности с 14 до 12 лет может быть внесен в Госдуму до конца весенней сессии 2012 г. Предлагается снизить возраст привлечения к уголовной ответственности до 12 лет только за тяжкие и особо тяжкие преступления, такие как убийство двух и более лиц. Дело в том, что в последнее время участились случаи совершения тяжких и особо тяжких преступлений подростками, не достигшими 14 лет. Эти преступления совершаются с особой жестокостью, а привлечь к ответственности таких несовершеннолетних невозможно. При этом в мировой практике, например в английском законодательстве, есть опыт снижения возраста, начиная с которого начинается уголовное преследование. Парламентарии уверены, что страх перед наказанием будет останавливать малолетних преступников»¹⁷.

¹⁷ См.: Законопроект о снижении возраста уголовной ответственности внесут в Государственную Думу РФ. URL: <http://ria.ru/society/20120301/583378493.html>. Указанная идея разделяется и рядом специалистов (см., напр.: Давыденко В. М. Уголовно-правовое значе-

По нашему убеждению, авторы указанной идеи переоценивают роль уголовного закона в деле борьбы с общественно опасными деяниями малолетних. К сожалению, переоценка роли уголовного закона в противодействии преступности, а также ничем не объяснимое увлечение уголовным правотворчеством характерно в целом для уголовной политики последнего десятилетия. Неблагоприятная динамика любых общественно опасных деяний сразу же получает реакцию в виде правки уголовного закона, его автоматического дополнения или изменения. Начались проблемы с незаконной организацией азартных игр – изменили УК, участились случаи преступлений в отношении несовершеннолетних – опять же внесли изменения в закон и т. д. Однако такой подход сам по себе представляется методологически порочным. Противодействие преступности и иным общественно опасным деяниям предполагает целый комплекс мер и средств. Это задача самых разных отраслей права и разных отраслей знаний. УК – лишь один из множества инструментов противодействия общественно опасному поведению. Более того, уголовный закон, пожалуй, не самое главное (хотя и важное) средство борьбы с ним. Например, профилактика коррупции предполагает в первую очередь устранение ее социально-экономических причин. Борьба с коррупцией немыслима без совершенствования законодательства о государственной и муниципальной службе, норм, регулирующих прохождение службы в правоохранительных органах, оптимизации практики применения УК, решения кадровых проблем, изменения менталитета населения и т. д., и т. п.

Учитывая это, считаем, что и снижение возраста уголовной ответственности не способно решить проблему детской преступности. Полагаем, что адекватным ответом на неблагоприятную криминологическую ситуацию с общественно опасным поведением малолетних должно стать совершенствование воспитательных мер, включая оптимизацию норм о помещении таких лиц в закрытые специализированные интернаты и иные воспитательно-образовательные учреждения с разной степенью изоляции, а также практики их применения. Очевидно, что трени ние возраста для дифференциации ответственности несовершеннолетних // Адвокат. 2011. № 3. С. 35–38).

буется активизация деятельности подразделений полиции по делам несовершеннолетних, а также работы комиссий по делам несовершеннолетних. Необходимо усиление контроля за образом жизни неблагополучных подростков, разработка иных профилактических мер. Мало внимания, по нашему мнению, уделяется и анализу причин девиантного поведения малолетних лиц. Порой совершение ими общественно опасных деяний выступает следствием неблагополучной ситуации в семье (малообеспеченность или алкогольная зависимость родителей и др.), их недостаточным воспитанием и образованием. Не решая проблему на этом этапе, государство, на наш взгляд, не имеет морального права осуществлять уголовное преследование малолетних лиц.

Обратим внимание и на то, что предложения о снижении возраста уголовной ответственности не подкрепляются ссылками на комплексные научные исследования (медико-психологические), которые бы убедительно доказывали, что достижение, например, 12-летнего возраста свидетельствует о зрелости человека, его способности адекватно оценивать фактическую и социальную сторону своего поведения. Вместе с тем «установленные в УК возрастные границы подтверждаются исследованиями и выводами психологов и психиатров, они основаны на социальных и криминологических наблюдениях»¹⁸.

Последствия же объявления малолетних опасных субъектов преступниками будут, на наш взгляд, губительными, учитывая существующие проблемы с ресоциализацией осужденных в нашей стране. В итоге понижение возраста уголовной ответственности приведет к еще большей криминализации российского общества и в конечном счете не усилит борьбу с преступностью, а лишь увеличит ее масштабы.

¹⁸ Васильевский А. Возраст как условие уголовной ответственности // Законность. 2000. № 11. С. 32.

**О субъекте нецелевого расходования средств
государственных внебюджетных фондов
(ст. 285² УК РФ)***

Согласно Бюджетному кодексу РФ **государственный внебюджетный фонд** – это фонд денежных средств, образуемый вне федерального бюджета и бюджетов субъектов РФ и предназначенный для реализации конституционных прав граждан на социальное обеспечение по возрасту; на социальное обеспечение по болезни; в случае потери кормильца, рождения и воспитания детей; на охрану здоровья и получение бесплатной медицинской помощи и в других случаях, предусмотренных законодательством РФ о социальном обеспечении (ст. 13 Бюджетного кодекса РФ). Расходование средств государственных внебюджетных фондов осуществляется исключительно на цели, определенные законодательством РФ, субъектов РФ, регламентирующим их деятельность, в соответствии с бюджетами указанных фондов, утвержденными федеральными законами, законами субъектов РФ (ст. 147 Бюджетного кодекса РФ).

В состав государственных внебюджетных фондов согласно ст. 144 Бюджетного кодекса РФ входят: Пенсионный фонд РФ; Федеральный и территориальный фонды обязательного медицинского страхования; Фонд социального страхования РФ.

Как следует из текста уголовного закона, *субъект* преступления, предусмотренного ст. 285² УК РФ, специальный – должностное лицо соответствующего государственного внебюджетного фонда, в компетенцию которого входит обеспечение целевого использования средств данного фонда (руководитель и главный бухгалтер соответствующего фонда или его территориального отделения). Действительно, субъект данного преступления определен как должностное лицо. Однако анализ диспозиции указанной статьи позволяет прийти к выводу, что в данном слу-

* Статья подготовлена в рамках проекта РГНФ № 11-03-00155а.

чае речь идет о еще более узком субъекте – должностном лице *государственного внебюджетного фонда*. В связи с этим представляется целесообразным рассмотреть признаки таких субъектов в зависимости от вида внебюджетных фондов.

Согласно п. 7 Положения о Пенсионном фонде¹, руководит последним правление Фонда и его постоянно действующий исполнительный орган – исполнительная дирекция. Положение о Пенсионном фонде РФ предусматривает включение в состав правления, помимо председателя правления, его заместителей, дополнительно представителей органов государственной власти, общественных организаций и общественных деятелей. В настоящее время функции исполнения бюджета Пенсионного фонда РФ, оперативного управления финансами пенсионного страхования и многие другие функции оперативного управления фондом перешли от исполнительной дирекции к правлению Пенсионного фонда РФ, а фактически – к его председателю. Характер постановлений правления и распоряжений председателя правления однозначно указывает на то, что функции исполнительной дирекции Фонда в настоящее время, по сути, сужены до уровня функций административно-хозяйственного управления.

В 2000 г. правлением Пенсионного фонда РФ создано управление Пенсионного фонда РФ в федеральных округах², целью которого стало обеспечение взаимодействия и согласования структуры его органов с полномочными представителями Президента РФ в федеральных округах. В соответствии с Типовым положением об Управлении Пенсионного фонда РФ в федеральном округе руководство управлением осуществляется начальником, который назначается и освобождается от должности председателем правления Пенсионного фонда РФ. Начальник управления

¹ См.: Положение о Пенсионном фонде Российской Федерации. Утверждено Постановлением Верховного Совета Российской Федерации от 27 декабря 1991 года N 2122-1 // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1992. № 5, ст. 180.

² См.: Постановление Правления Пенсионного фонда Российской Федерации от 9 октября 2000 г. № 118 «О создании управления Пенсионного фонда Российской Федерации» // Вестник Пенсионного фонда России. 2001. № 1.

имеет одного заместителя, который назначается и освобождается от должности председателем правления Пенсионного фонда РФ.

Таким образом, субъектами нецелевого расходования средств государственного Пенсионного фонда РФ могут быть: председатель и исполнительный директор Пенсионного фонда РФ, первый заместитель, руководитель финансового подразделения (главный бухгалтер), руководители управлений Пенсионного фонда РФ в федеральных округах, их первые заместители, а также главные бухгалтеры, управляющие и главные бухгалтеры территориальных органов Пенсионного фонда РФ³.

Отметим, что техническим законодательным недостатком конструкции исследуемой нормы является то, что субъектами рассматриваемого преступления не могут быть лица, выполняющие управленческие функции в управляющих компаниях, которым на основании Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 111-ФЗ «Об инвестировании средств для финансирования накопительной части трудовой пенсии в Российской Федерации»⁴ средства пенсионных накоплений по заявлениям застрахованных лиц переданы в доверительное управление. Тем не менее в случае нецелевого расходования указанных средств эти лица могут привлекаться при наличии всех иных оснований к уголовной ответственности по ст. 201 УК РФ.

В соответствии с Уставом Федерального фонда обязательного медицинского страхования⁵, управление Фондом осуществляется коллегиальным органом – правлением и постоянно действующим исполнительным органом – директором. Директор решает все вопросы текущей деятельности Федерального фонда, кроме тех, которые входят в исключительную компетенцию правления. Он несет персональную ответственность за ее резуль-

³ См.: Русакова О. А. Субъект нецелевого расходования средств государственных внебюджетных фондов // Адвокатская практика. 2005. № 5. С. 23.

⁴ Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 30, ст. 3028.

⁵ Постановление Правительства РФ от 29 июля 1998 г. N 857 (ред. от 16.12.2004) «Об утверждении Устава Федерального фонда обязательного медицинского страхования» // Собрание законодательства РФ. 1998. № 32, ст. 3902.

таты и подотчетен правлению. Директор действует от имени Федерального фонда обязательного медицинского страхования без доверенности, совместно с руководителем финансово-планового управления (отдела), на основании утвержденного бюджета осуществляет его движение⁶.

Руководство деятельностью территориального Фонда осуществляется правлением и его постоянно действующим исполнительным органом – исполнительной дирекцией, возглавляемой исполнительным директором. Для выполнения своих задач территориальный Фонд может создавать в городах и районах филиалы.

Следовательно, при нецелевом использовании средств *Федерального фонда* обязательного медицинского страхования субъектом преступления могут быть директор, первый заместитель директора, руководитель финансово-планового управления (отдела) Федерального фонда обязательного медицинского страхования. При нецелевом использовании средств *территориального фонда* обязательного медицинского страхования субъектом преступления могут быть директор территориального фонда (области, края, района, города), первый заместитель директора, руководитель финансово-планового управления (отдела) Федерального фонда обязательного медицинского страхования.

Учитывая тот факт, что территориальные фонды обязательного медицинского страхования выделяют финансовые ресурсы на осуществление территориальной программы обязательного медицинского страхования, которые затем поступают в медицинские учреждения на основе договоров, заключенных со страховыми медицинскими организациями или филиалами территориального фонда (страховщиками), субъектом преступления при нецелевом использовании средств Фонда могут быть *руководители и главные бухгалтеры муниципальных медицинских учреждений*.

В соответствии с п. 3 раздела 1 Положения о Фонде социального страхования руководство Фондом социального страхования РФ осуществляет его председатель⁷. Председатель Фонда и его замести-

⁶ См.: Русакова О. А. Указ. соч. С. 23–24.

⁷ См.: Положение о Фонде социального страхования: Утверждено Постановлением правительства РФ 12 февраля 1994 г. (ред. от 12.08.2011) № 101 // СПС КонсультантПлюс.

тели назначаются Правительством РФ. Председатель Фонда имеет четырех заместителей, в том числе одного первого. Фонд, его региональные и центральные отраслевые отделения являются юридическими лицами, имеют гербовую печать со своим наименованием, текущие валютные и иные счета в банках (п. 4 Положения).

В Фонд социального страхования Российской Федерации входят следующие исполнительные органы:

- региональные отделения, управляющие средствами государственного социального страхования на территории субъектов Российской Федерации;

- центральные отраслевые отделения, управляющие средствами государственного социального страхования в отдельных отраслях хозяйства;

- филиалы отделений, создаваемые региональными и центральными отраслевыми отделениями Фонда по согласованию с председателем Фонда (п. 3 Положения)⁸. Отсюда распорядителями средств Фонда являются *председатель и главный бухгалтер фонда*, а в региональных и центральных отраслевых отделениях фонда – *управляющий и главный бухгалтер отделения Фонда*. Следовательно, при нецелевом использовании средств Фонда социального страхования субъектом преступления могут быть *председатель и главный бухгалтер Фонда*, в региональных и центральных отделениях Фонда – *управляющий и главный бухгалтер отделения Фонда*.

Выплата пособий по социальному страхованию, оплата путевок работников и членов их семей в санаторно-курортные учреждения, финансирование других мероприятий по социальному страхованию на предприятиях, в организациях, учреждениях и иных хозяйствующих субъектах независимо от форм собственности осуществляются через бухгалтерии работодателей. Ответственность за правильность начисления и расходования средств государственного социального страхования несет администрация страхователя в лице *руководителя и главного бухгалтера*. Однако в этом случае указанные лица могут быть привлечены к

⁸ См. также: Положение об отделении Фонда социального страхования: Утверждено Постановлением ФСС от 5 января 1995 № 1 // СПС КонсультантПлюс.

уголовной ответственности при наличии всех необходимых обстоятельств лишь по ст. 201 УК РФ⁹.

Следует, тем не менее, сказать, на практике возникают сложности с доказыванием того, что бюджетные средства, как и средства внебюджетных фондов, используются субъектами *в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц либо нанесения вреда другим лицам*, поэтому уголовные дела довольно часто прекращаются за отсутствием состава преступления¹⁰. Предложения о дополнении главы 23 УК (Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях)¹¹ или 32 УК (Преступления против порядка управления)¹² специальными нормами, аналогичными ст. 285¹ и 285² УК, предусматривающими ответственность лиц, выполняющих управленческие функции в коммерческих и иных организациях и не содержащих указания на мотивы и цели, не решат, на наш взгляд, всех возникающих в правоприменительной практике проблем.

Учитывая, что лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческой или иной организации, не может быть субъектом данного преступления, так как должностным лицом не является, следует поддержать предложения о расширении понятия специального субъекта применительно к диспозиции ст. 285² УК РФ и законодательно учесть, что субъектом может быть и лицо, *выполняющее управленческие функции в коммерческой или иной организации*¹³.

⁹ См.: Русакова О. С. Уголовная ответственность за нецелевое расходование средств государственных внебюджетных фондов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-н/Д., 2006. С. 9.

¹⁰ См.: Карпов А. Г. Нецелевое расходование бюджетных средств и средств государственных внебюджетных фондов: уголовно-правовой и криминологический анализ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Новгород, 2007. С. 12.

¹¹ См.: Карпов А. Г. Проблемы ответственности руководителей транспортных предприятий за нецелевое расходование бюджетных средств // Транспортное право. 2006. С. 2–28.

¹² См.: Изосимов С. В. Теоретико-прикладной анализ служебных преступлений, совершаемых в коммерческих и иных организациях (уголовно-правовой и криминологический аспекты): дис. ... д-ра юрид. наук. Новгород, 2004. С. 395.

¹³ См.: Русакова О. А. Субъект нецелевого расходования средств государственных внебюджетных фондов. С. 24.

Иной вариант решения проблемы лежит в плоскости расширения понятия должностного лица в примечании 1 к ст. 285 УК РФ. Заметим, что подобное предложение законодатель уже начал частично осуществлять, наделив признаками должностного лица субъектов, выполняющих организационно-распорядительные, административно-хозяйственные функции в *государственных корпорациях*.

При определении субъекта преступления и квалификации по ч. 2 ст. 285² УК РФ (совершение преступления группой лиц по предварительному сговору) следует иметь в виду, что субъектами группы могут быть только должностные лица, работающие как в одной организации Фонда, так и в разных его организациях. На практике возможны ситуации, когда должностное лицо центрального правления Фонда и начальник его регионального отделения договариваются о нецелевом расходовании средств Фонда, выделенных этому отделению. Оказание содействия должностному лицу со стороны обычных служащих Фонда или иных лиц в нецелевом расходовании средств Фонда данного состава преступления, как соисполнения, с их стороны не образует. В этом случае необходимо говорить о различных формах пособничества¹⁴.

¹⁴ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В. М. Лебедев. М., 2007. С. 738.

Сведения об авторах

Карташов В. Н. – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права ЯрГУ, заслуженный деятель науки РФ

Бутнев В. В. – кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой гражданского права и процесса ЯрГУ

Вантеева Н. В. – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права ЯрГУ

Бахвалов С. В. – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории истории государства и права ЯрГУ

Мотовиловкер Е. Я. – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса ЯрГУ

Тарусина Н. Н. – кандидат юридических наук, профессор, заведующая кафедрой социального и семейного законодательства, декан юридического факультета ЯрГУ, заслуженный юрист РФ

Исаева Е. А. – кандидат юридических наук, доцент кафедры социального и семейного законодательства ЯрГУ

Лушников А. М. – доктор юридических наук, доктор исторических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового и финансового права ЯрГУ

Смирнов Д. А. – кандидат юридических наук, доцент кафедры трудового и финансового права ЯрГУ

Лушников М. В. – доктор юридических наук, профессор кафедры трудового и финансового права ЯрГУ

Барышникова Т. Ю. – кандидат юридических наук, доцент кафедры трудового и финансового права ЯрГУ

Кузнецов Ю. А. – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры трудового и финансового права ЯрГУ

Кругликов Л. Л. – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права и криминологии ЯрГУ, заслуженный деятель науки РФ

Иванчин А. В. – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и криминологии ЯрГУ

Соловьев О. Г. – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и криминологии ЯрГУ

Научное издание

**Юридические записки
Ярославского государственного
университета
им. П. Г. Демидова**

Выпуск 16

**Субъекты права:
теория и практика**

Редактор, корректор Л. Н. Селиванова
Верстка И. Н. Иванова

Подписано в печать 04.06.12. Формат 60×84 1/16.
Бум. офсетная. Гарнитура "Times New Roman".
Усл. печ. л. 9,76. Уч.-изд. л. 8,13.
Тираж 100 экз. Заказ .

Оригинал-макет подготовлен в редакционно-издательском отделе
Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова.
150000, Ярославль, ул. Советская, 14.

Отпечатано
ООО «Ремдер» ЛР ИД № 06151 от 26.10.2001.
г. Ярославль, пр. Октября, 94, оф. 37
тел. (4852) 73-35-03, 58-03-48, факс 58-03-49.