

UNIwersytet w Białymstoku
Wydział Prawa

BIAŁOSTOCKIE STUDIA
PRAWNICZE

ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ РЕФОРМЫ
в Польше и России на протяжении веков

Научные редакторы

Piotr Niczyporuk

Piotr Kołodko

Антон Д. Рудоквас

Rada naukowa:

Lidia Abramczyk, Vladimir Babčak, Leonard Etel, Marian Filar, Edward Gniewek, Jose Luis Iriarte Angél, Adam Jamróz, Marina Karasiowa, Aleksiei S. Kartsov, Cezary Kosikowski, Bernard Kitous, Petr Mrkyvka, Andrei A. Novikov, Emil Pływaczewski, Stanisław Prutis, Eugeniusz Ruśkowski, Walerian Sanetra, Sebastiano Tafaro, Wiktor Trinczuk

Kolegium redakcyjne:

Teresa Mróz, Grażyna B. Szczygieł, Mieczysława Zdanowicz (Redaktor naczelny), Justyna Matys, Katarzyna Bagan-Kurluta

© Copyright by Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, Temida 2

Białystok 2012

Żadna część tej pracy nie może być powielana i rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie i w jakikolwiek sposób (elektroniczny, mechaniczny), włącznie z fotokopowaniem – bez pisemnej zgody wydawcy.

Niniejsza wersja jest wersją pierwotną Białostockich Studiów Prawniczych.

ISSN 1689–7404

Redaktor językowy:

Daniil Tuzov, Richard Tykocki-Crow

Opracowanie graficzne i typograficzne:

Jerzy Banasiuk

Projekt okładki:

Bauhaus

Redakcja techniczna:

Jerzy Banasiuk

Wydawca: Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, Temida 2

Zainteresowanych współpracą prosimy o kontakt z kolegium redakcyjnym na adres: Justyna Matys, 15–213 Białystok, ul. Mickiewicza 1, tel. 085 7457192; e-mail: j.matys@uwb.edu.pl, bądź z Wydawnictwem Temida 2 z dopiskiem – Białostockie Studia Prawnicze.

СОДЕРЖАНИЕ

Введение	7
----------------	---

История права

MARIUSZ MOHYLUK
УНИВЕРСИТЕТ В БЕЛОСТОКЕ

Работа кодификационной комиссии II Речи Посполитой над реформой прокуратуры	11
-----------------------------------------------------------------------------------	----

АНДРЕЙ ОЛЕГОВИЧ РЫБАЛОВ
С.-ПЕТЕРБУРГСКИ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

Этюд о залоге в русском праве XV-XVII в.	29
-----------------------------------------------	----

ЧАСТНОЕ ПРАВО

ВСЕВОЛОД ВЛАДИМИРОВИЧ БАЙБАК
С.-ПЕТЕРБУРГСКИ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

Вопросы реформирования общих положений российского гражданского законодательства об обязательствах	43
----------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

JUSTYNA MATYS
УНИВЕРСИТЕТ В БЕЛОСТОКЕ

О необходимости изменения гражданской ответственности лиц, обязанных осуществлять надзор	55
------------------------------------------------------------------------------------------------	----

TERESA MRÓZ
УНИВЕРСИТЕТ В БЕЛОСТОКЕ

Восстановление основ гражданского права в Польше после 1989 г. (вопрос права собственности)	71
---------------------------------------------------------------------------------------------------	----

АНДРЕЙ АЛЕКСЕЕВИЧ НОВИКОВ
С.-ПЕТЕРБУРГСКИ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

Наследование выморочного имущества в РФ.	87
-----------------------------------------------	----

АНДРЕЙ АНАТОЛЬЕВИЧ ПАВЛОВ
С.-ПЕТЕРБУРГСКИ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

Некоторые вопросы реформирования института прекращения обязательств	107
---------------------------------------------------------------------------	-----

Содержание

НАТАЛИЯ ЮРЬЕВНА РАСКАЗОВА
С.-ПЕТЕРБУРГСКИ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

Общий подход к регулированию обеспечительных отношений 123

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

CEZARY KULESZA
УНИВЕРСИТЕТ В БЕЛОСТОКЕ

Проектируемая новеллизация процедуры польского уголовного судопроизводства с перспективы некоторых принципов уголовно-процессуального права 141

ОЛЬГА ГЕННАДЬЕВНА ПАРАМУЗОВА
С.-ПЕТЕРБУРГСКИ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

Правовая природа актов Международного агентства по атомной энергии в условиях современного международного правопорядка 155

ANDRZEJ SAKOWICZ
УНИВЕРСИТЕТ В БЕЛОСТОКЕ

Замечания de lege lata и de lege ferenda на тему возобновления производства по делу во вред обвиняемому 163

АЛЕКСАНДР ВЛАДИМИРОВИЧ САЛЕНКО
БАЛТИЙСКИЙ ФЕДЕРАЛЬНЫЙ УНИВЕРСИТЕТ ИМЕНИ ИММАНУИЛА КАНТА, КАЛИНИНГРАД

Право публичных собраний в современной России: конституционные основы и проблемы реализации 175

ДЕНИС АЛЕКСЕЕВИЧ СОЛОДОВ
ВАРМИЙСКО-МАЗУРСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ В Г. ОЛЬШТЫН

Реформы права и уголовного процесса в России и их влияние на криминалистику 185

РЕЦЕНЗИЯ НА КНИГУ

CEZARY KOSIKOWSKI

Исправление публичных финансов в Польше (причины, методология, направления и предложения) (рец. Katarzyna Vagan-Kurluta) 207

Wybór orzecznictwa 211

Wybór literatury 227

ВВЕДЕНИЕ

Россия и Польша за последние двадцать лет проделала большой путь в области реформирования национального законодательства. Значительные изменения произошли в российском и польском гражданском и публичном праве, связанные с развитием общества, углубляющейся интеграцией между европейскими странами.

Для оценки произошедших изменений требуется учитывать исторический опыт правового развития национального права, его современное состояние, влияние зарубежного опыта, общей тенденции на сближение различных европейских правовых систем, правового взаимодействия и интеграции. Создание общего правового пространства поможет увереннее чувствовать себя участникам гражданского оборота, будет способствовать защите. Достаточно вспомнить разработку в рамках Европейского Союза Draft Common Frame of Reference for European Private Law. В области защиты прав человека достаточно успешно действует Европейский Суд по правам человека.

Задачи, которые стоят перед правоприменителями обеих стран, - эффективно реализовывать существующие правовые нормы, соблюдать права человека, защищать права граждан и юридических лиц гражданско-правовыми и уголовно-правовыми средствами, находить баланс частного и публичного интереса.

В настоящем сборнике представлены статьи польских и российских ученых в области истории права, частного и публичного права. Обмен накопленным за последние двадцать лет опытом решения весьма сложных правовых проблем развития законодательства и правоприменительной практики должен способствовать сближению наших стран и народов, взаимопониманию и расширению культурных и правовых связей, преодолению отчуждения и выработке взаимоприемлемых подходов к оценке различных правовых явлений.

В историко-правовой части представлены работы, посвященные изучению истории частного права в целом и его отдельных институтов. В разделе частного права представлены различные правовые и догматические подходы в России и Польше по вопросам реформирования гражданского права, его отдельных подотраслей и институтов. Раздел публичного права в основном касается вопросов развития уголовного и уголовно процессуального права наших

Введение

стран, гарантии основных прав и свобод человека, эффективности международного сотрудничества.

Мы надеемся на дальнейшее сотрудничество польских и российских ученых и выражаем уверенность в том, что подобного рода совместные сборники, станут выходить на постоянной основе и взаимно обогащать правовую культуру двух дружеских народов – польского и русского.

Научные редакторы

ИСТОРИЯ ПРАВА

РАБОТА КОДИФИКАЦИОННОЙ КОМИССИИ II РЕЧИ ПОСПОЛИТОЙ НАД РЕФОРМОЙ ПРОКУРАТУРЫ

1. Вводные замечания

В восстановленном в ноябре 1918 г. польском государстве по-прежнему функционировали отдельные правовые системы стран, захвативших польские земли после разделов (австрийская, немецкая, французская, российская, венгерская – Орава и Спиш). Вопрос упорядочения системы правосудия выдвинулся на первый план при образовании фундаментальных основ II Речи Посполитой и стал самой неотложной политической и общественной проблемой. Её решением занялось тогдашнее поколение польских юристов. Во II Речи Посполитой работа над ней была поручена учрежденной специально с этой целью кодификационной комиссии.

Кодификационная комиссия Речи Посполитой (далее по тексту - КК) образованная на основе закона, принятого Законодательным сеймом 3 июня 1919 г.¹ представляла собой государственное учреждение, главной задачей которого была „подготовка проектов единого законодательства для всех земель, входящих в состав государства”. Относительно закона об устройстве общих судов (в том числе, и прокуратуры), то реализацию этой задачи взяла на себя учре-

1 Dz. P.P. P. z 6.VI.1919 г., № 44, ст.315. к важнейшим публикациям на тему кодификационной комиссии во II Речи Посполитой принадлежат: S. Grodziski, Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1981, z.1 c. 47 и сл.; A. Lityński, Wydział Karny Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej. Dzieje prac na częścią ogólną kodeksu karnego, „Prace naukowe Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach” Katowice 1991, № 1172.; L. Górnicki, Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919-1920; K. Sójka-Zielińska, Organizacja prac nad kodyfikacją prawa cywilnego w Polsce międzywojennej, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1975, z.2, c. 271 и сл.; Z. Szcząska: Minister Sprawiedliwości jako uczestnik procesu legislacyjnego (w:) Tworzenie prawa w Polsce..., c. 69 и сл.; R. Kraczkowski: Aparat legislacyjny rządu w II Rzeczypospolitej, PiP 1982, z. 7, c. 85 и сл.; W.M. Bartel: Udział przedstawicieli środowisk akademickich w pracach Komisji Kodyfikacyjnej RP (1919-1939), „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, r. 23, c. 177 и сл.; M. Pietrzak: Z problematyki kodyfikacji prawa w II Rzeczypospolitej (w:) Partykularyzm a unifikacja prawa w Polsce (XV-XX w.), Gdańsk 1994, c. 61 и сл.; M. Mohyluk: Porządkowanie prawa w II Rzeczypospolitej: Komisja Kodyfikacyjna i Rada Prawnicza, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1999, z. 1-2, c. 285 и сл.

жденная в 1920 г. Подкомиссия по устройству судебной системы кодификационной комиссии. Параллельно с ней такую же работу начало также Министерство юстиции. Важным звеном в этом мероприятии был Сейм, который, принимая мартовскую конституцию вместе с принципами судостройства, указал вышеуказанным организациям определенное направление действий.

2. Система органов и учреждений прокуратуры до унификации

2.1. Органы и учреждения прокуратуры в бывшем королевстве Польском

Впервые об органах и учреждениях прокуратуры польские власти решали во *Временных положениях о судостройстве в королевстве Польском*, изданных в 1917 г. Департаментом юстиции Временного государственного совета.² В вышеуказанном нормативном правовом акте эти органы были определены как один из органов судебной системы, они именовались королевско-польскими и осуществляли свою деятельность от имени короны королевства Польского. В III главе, озаглавленной *Публичное учреждение*, прокуроры были представлены как публичные должностные лица. Обязанности генерального прокурора исполнял Директор Департамента юстиции, при Верховном суде – соответствующее количество прокуроров, а при апелляционном и окружном судах – прокурор совместно с соответствующим количеством подпрокуроров. Эти должности могли занимать только лица „с безупречной репутацией”, обладающие гражданством королевства Польского (ст. 13). Прокуроров всех судов и подпрокуроров апелляционного суда должен назначать Маршалок великий коронный по заявлению Директора Департамента юстиции (ст. 20). Подпрокуроров окружного суда и секретарей прокурорских учреждений назначал только вышеупомянутый Директор по заявлению председателей или прокуроров соответствующих судов (ст.21).³ Все прокуроры (это касалось также судей) назначались на неопределенное время, а увольнение их с должности зависело от власти, которая их назначила (ст. 15). Прокуроры (но не подпрокуроры) как ор-

2 Dz. Urz. Dep. Spr. TRS № 1. См. также R.A. Stefański: Prokuratura II Rzeczypospolitej, „Przegląd Sądowy” 1992, № 5-6, с. 70-85.; M. Materniak-Pawłowska, Ustrój sądownictwa powszechnego II Rzeczypospolitej, Poznań 2003; M. Mohyluk, Prawo o ustroju sądów powszechnych w pracach Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej, Białystok 2004; J. Szarycz: Sędziowie i sądy w Polsce, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 1988. S. Włodyka, Organizacja wymiaru sprawiedliwości (w:) Historia państwa i prawa, t. V, cz. II, rozdz. VIII pod. red. F. Ryszki, Warszawa 1968, с. 7-54.

3 Прокуроры и подпрокуроры давали перед назначающим их лицом торжественную клятву соответственно следующей роте: „Перед лицом Всемогущего Господа Бога клянусь, что на порученной мне служебной должности буду способствовать изо всех сил, в пределах моих действий, укреплению свободы, независимости и могущества Речи Посполитой Польши, которой всегда буду верно служить: всех граждан страны уважать буду в равной степени, строго соблюдая положения закона, обязанности на моем посту буду выполнять добросовестно, распоряжения моих начальников – выполнять тщательно, а служебную тайну – охранять. Помогите мне Господи Боже”.

ганы Департамента юстиции занимались вопросами администрации правосудия (ст. 16). Прокурорами Верховного суда могли быть назначены лица, отличающиеся теоретическим и практическим знанием законов (ст. 17). Остальные кандидаты на должности прокуроров и подпрокуроров должны обладать юридическим образованием и соответствующими практическими знаниями действующего законодательства, приобретенными во время прохождения судебной практики [aplikacji] (ст. 18).

Следует помнить, что вышеуказанные законы, касающиеся учреждений и органов прокуратуры, постепенно, начиная с 1918 года, изменялись – отменялись и модифицировались – приспособляясь, в последовательном порядке, к реалиям и правопорядку формирующейся II Речи Посполитой⁴.

Более подробное определение должности прокурора содержала *Инструкция для органов и учреждений прокуратуры* от 1 марта 1918 г.⁴ В ней подчеркивалось, что органы и учреждения прокуратуры должны соблюдать принцип законности правосудия и способствовать этому с помощью мер, указанных в **российских** процедурах (гражданского и уголовного судопроизводства).

Подводя итоги сказанному, следует отметить, что польская организация прокурорских органов и учреждений еще до унификации, на территории, аннексированной раньше Россией, заключалась в иерархическом подчинении нижестоящих вышестоящим по точно определенным степеням, как в области отдельных прокурорских действий, так и в области организационных, административных распоряжений внутри органов и учреждений. Самостоятельность прокурора в пределах закона была заметна лишь во время выступления перед судами.⁵ Указанные нормативные правовые акты называли следующие прокурорские посты:

- 1) **Министр юстиции** – исполняющий обязанности Генерального прокурора,
- 2) **прокуроры Верховного суда** – один из них был назначен „**первым прокурором**”, как глава прокуратуры при Верховном суде; такой прокурор непосредственно подчинялся Министру юстиции и замещал его во всех судебных действиях, требующих явки прокурора в Верховном суде,
- 3) **апелляционные прокуроры** – непосредственно подчиненные Министру юстиции, вышестоящие должностные лица по отношению ко всем прокурорским органам и учреждениям при апелляционном суде,

4 Dz. Urz. Min. Spraw. № 9, ст. 21.

5 S. Gołąb: Ustrój sądów powszechnych, Warszawa 1929, с. 49-51.

- 4) **окружные прокуроры** - непосредственно подчиненные апелляционному прокурору,
- 5) **подпрокуроры** – при всех прокуратурах; выполняли обязанности, возложенные на них прокурорами, и замещали их в зависимости от потребностей соответственно предоставленным полномочиям.

На так наз. „восточные территории”, по мере развития военных событий, распространялось действие польского законодательства, посредством специальных актов: приказов, распоряжений, декретов.⁶

2.2. Прокуроры на территории, аннексированной раньше Австрией

В округах апелляционных судов: краковском и львовском, в период до унификации закона об устройстве общих судов, действовал по-прежнему австрийский *Организационный судебный закон* от 27 ноября 1896 г. и вместе с ним распоряжение Министра юстиции от 5 мая 1897 г., вводящее судебную инструкцию и ряд других нормативных правовых актов. Однако они не содержали организационных положений по отношению к прокуратуре, так как их основной блок находился в австрийском *Законе об уголовном судопроизводстве* от 23 мая 1873 г. В главе III этого закона, *О Прокуратурии государства* (§ 29 - § 37), при каждом трибунале I инстанции был установлен прокурор государства (Staatsanwalt), при каждом трибунале II инстанции – старший прокурор (Oberstaatsanwalt), а при Верховном суде, как кассационном трибунале – генеральный прокурор (Generalprocurator) с соответствующим количеством (трех) заместителей – генеральных адвокатов (§ 29). При повятовых судах работали так наз. сотрудники прокуратурии и их заместители, выполняющие обязанности публичных обвинителей.⁷ Члены прокуратурии государства должны были, в пределах предоставленных им компетенций, защищать интересы государства. В своих действиях они не зависели от судов, при которых функционировали. Прокуроры государства при трибуналах I инстанции подчинялись старшим прокурорам, те же, в свою очередь, так же, как и генеральный прокурор, уже непосредственно Министру юстиции (§ 30). Таким образом, вышеуказанные положения регулировали принципы (внутренней и внешней) организации прокуратурии в австрийском уголовном процессе.⁸ Внешняя структура, несомненно, обращалась в своих важнейших предположениях к французскому

6 Распоряжение Генерального комиссара Восточных земель o urządzeniu ogólnego sądownictwa na obszarach wschodnich podlegających Komisarzowi Gen. Ziemi Wschodnich от 15 мая 1919 г.; Приказ военачальника польских войск w przedmiocie organizacji wymiaru sprawiedliwości na terenach przyfrontowych i etapowych от 15 октября 1920 г.; декрет военачальника войск Центральной Литвы w przedmiocie organizacji wymiaru sprawiedliwości na terytorium Litwy Środkowej от 18 ноября 1920 г. Вышеуказанные нормативные акты были частично изменены на основе распоряжений CM от 19 января и 19 июня 1922 г. – Dz.U. RP № 10, ст.70 и № 47, ст. 414.

7 J. Makarewicz: Ustawa o postępowaniu karnym, Kraków 1911, с. 52-60.

8 P. Stebelski: Komentarz do austriackiego postępowania karnego, Lwów 1901, с. 52-66.

законодательству. Глядя на её внутренний порядок можно было заметить, что характеризовался он единством и нераздельностью, подкрепленными принципом иерархии и централизма. В обсуждаемом учреждении, в отличие от суда, был исключен инстанционный порядок. Распоряжение, выданное представителем прокурорского органа, обязывало всех прокуроров и его решение не могло быть изменено, напр. посредством обращения к вышестоящей власти с жалобой на данное решение. Главным принципом в деятельности прокуратуры государства по австрийскому процессуальному праву был принцип легализма в противоположность французскому принципу утилитаризма.⁹ Закон об уголовном судопроизводстве устанавливал также пределы взаимной независимости прокуратуры государства и судов. Обе организации, в рамках своей деятельности, были независимы, автономны и равноправны. Эти отношения иногда нарушались во время процесса, когда прокуратура государства выступая в роли стороны, формально подчинялась судам, особенно в момент рассмотрения процессуальных заявлений.¹⁰

Существенная модификация, имеющая, скорее всего, приспособленческий и унифицирующий характер в организации этого органа правосудия произошла 8 февраля 1919 г. на основании декрета. Таким образом, изменения в структуре и номенклатуре в отдельных инстанциях судебной системы нашли также свое отражение в пределах бывшей австрийской прокуратуры государства.

Напомним, что функции Верховного судебного и кассационного трибунала в Вене перенял на себя в 1919 г. Верховный суд в Варшаве, что обозначало присоединение австрийской прокуратуры и её подчинение, по крайней мере, в отношении иерархии, то есть, подчиненности, служебной и административной зависимости, польскому аппарату государственной власти. Прежние окружные и краевые суды (трибуналы I инстанции) были заменены однородными окружными судами, а суды II инстанции (высшие краевые суды в Кракове и Львове) - апелляционными судами, при которых, по-прежнему, функционировали прокуратуры. Согласно ст. 8 декрета, общей администрацией судов в своем округе руководил председатель апелляционного суда в рамках полномочий, предоставленных ему Министром юстиции или законом. Те же принципы – по мнению С. Голомба – распространялись также на действия прокурора при апелляционном суде по порученным ему административным делам.¹¹ Итак, после этих изменений во II Речи Посполитой до 1928 г., на тер-

9 Там же, с. 55-56.

10 П. Стебельски в своем Комментарии установил, что до 1901 закон об организации прокуратуры государства в Австрии не был издан. По-прежнему обязывало распоряжение министра юстиции от 3 августа 1854 г. о внутренней структуре и порядке действий государственной прокуратуры и общая инструкция для всех старших прокураторов от 25 ноября 1873 г.

11 S. Gołęb: Ustrój..., с. 79-80.

риториях, ранее аннексированных Австрией, функционировали окружные и апелляционные прокуроры (два). Иерархически, по существу и формально они подчинялись Первому прокурору при Верховном суде, затем Министру юстиции, исполняющему обязанности Генерального прокурора.

2.3. Прокуратура в бывшей прусской провинции

Об организации и задачах прокуратуры на территории бывшей прусской провинции II Речи Посполитой еще до введения единого законодательства об устройстве общих судов говорилось в главе X. *Прокуратура* (§ 142 - § 153) немецкого закона об устройстве судебной системы от 27 января 1877 г. В измененном и пополняемом с 1919 г. польскими властями нормативном правовом акте¹², в § 142 устанавливалось, что при каждом суде должна быть учреждена прокуратура. Посты в ней занимали:

- 1) при Верховном суде в Варшаве соответствующее количество **прокуроров и подпрокуроров**; один из прокуроров был назначен на должность **Первого прокурора**¹³,
- 2) при апелляционных, окружных судах и судах с участием присяжных заседателей один или больше **прокуроров**; если в состав суда входило несколько сотрудников прокуратуры, тогда один из них был назначен на должность **первого сотрудника прокуратуры** а остальные были его заместителями¹⁴,
- 3) при повятовых судах и судах с участием заседателей (мировых судах) один или больше **сотрудников подпрокуратуры**; в случае необходимости была допущена возможность учреждения подпрокуратуры при одном из повятовых судов, но общей для нескольких повятовых судов и судов с участием заседателей (мировых судов), принадлежащих к одному судебному округу (§ 143).

Сотрудники прокуратуры при апелляционных и окружных судах имели право – во всех судах своего округа – самостоятельно выполнять свои обязанности. Сотрудникам подпрокуратуры при повятовом суде такое право принадлежало только при повятовых судах и судах с участием заседателей (мировых судах; § 146). Прокуроры должны были выполнять служебные распоряжения своего начальника. Надзор и руководство было возложено, главным образом,

12 Единый текст закона с учетом этих изменений был опубликован в распоряжении Министра юстиции от 16 июня 1922 г. – Dz.U.RP № 46, ст. 390.

13 По упомянутой выше ст. 17 закона об организации временного управления б. прусской провинции от 1 июля 1919 г. (Dz.Pr.R.P. nr 64, poz. 385) существующие до сих пор атрибуты Суда Рейха перешли на Верховный суд в Варшаве.

14 В распоряжении от 15 декабря 1919 г. (Tygodnik urzędowy № 70) говорилось о подпрокурорах при окружных судах а в распоряжении от 31 января 1920 г. (Dz. Urz. Min. b. dzielniczy pruskiej № 6) о назначении так наз. комиссионных подпрокуроров [podprokuratorów komisoryjnych] при окружных судах.

как это формулировалось в законе § 148, на „управление справедливости”, то есть, Министерство юстиции по отношению ко всем сотрудникам прокуратуры. Вышеупомянутый объем компетенции был оставлен, в свою очередь, для первых сотрудников прокуратуры по отношению ко всем сотрудникам прокуратуры своего округа. На должности прокуроров при окружном и апелляционном судах могли назначаться лица, обладающие исключительно квалификацией судьи (§ 149).

В §§ 151 и 152 отчетливо подчеркивалось, что прокуроры в своей служебной деятельности независимы от судов и они не могут выполнять действия, входящие в компетенции судей. Запрещен также их служебный надзор за деятельностью судей.

3. Проекты кодификационной комиссии

3.1. Проект К. Стефко

Предложения относительно реформы прокуратуры нашлись лишь в третьем проекте Подкомиссии по устройству судебной системы, автором которого являлся К.Стефко, в предпоследней VII главе под заглавием: *Прокуратория государства* (ст. 102 – 110).¹⁵ Само заглавие подсказывает, что автор сознательно обращался, хотя бы по отношению к нменклатуре, к австрийским решениям, однако идею внесения этих положений в отдельный закон, трактующий об устройстве общих судов перенял у немецкого законодателя.

В этом проекте органами Прокуратории государства должны были быть прокуроры и заместители прокуроров, находящиеся в иерархической зависимости от своих вышестоящих начальников и обязаны выполнять их указания (ст. 107). Всех прокуроров и заместителей прокуроров апелляционных судов назначал бы Президент Речи Посполитой, заместителей прокуроров окружных судов – Министр юстиции, как Генеральный прокурор (ст. 102). Могли бы на эти должности назначаться лица, обладающие квалификацией судьи (ст. 103). При Верховном суде функционировали бы: первый прокурор, прокуроры и заместители прокуроров, при апелляционных же и окружных судах – прокуроры и соответствующее количество заместителей прокуроров. Помимо этого, Министр юстиции назначал бы при отдельных повятовых судах заместителей прокуроров окружного суда (ст. 105).

15 Кодификационная комиссия. Подкомиссия по устройству судебной системы. (далее по тексту: КК Р.и.с.), т. I, с. 114-115.

Прокурор принимал бы участие в процессе как **орган правительства** с директивной способствовать законному отправлению правосудия с помощью мер, предусмотренных законами о судопроизводстве (ст. 108). Осуществление права надзора и руководства принадлежало бы:

1. Министру юстиции, как Генеральному прокурору государства, по отношению ко всем прокураториям государства в Речи Посполитой в целом;
2. руководителям прокуратурии государства: при Верховном суде только по отношению к органам этого учреждения непосредственно ему подчиненным, при апелляционных и окружных судах по отношению ко всем органам прокуратурии государства подчиненного им округа.

Главным недостатком проектируемых положений было – по моему мнению – отсутствие прозрачного обозначения иерархии, кто, собственно говоря, выполнял бы функции начальников прокуратуры при отдельных судах, а также, следовало бы считать заместителя прокурора представителем органа правительства. Эти вопросы, косвенным образом, обсуждались в ст. 106, но исключительно в отношении их компетенции. Согласно этой статье, руководители прокуратурии государства (прокуроры при апелляционных и окружных судах) могли бы предпринимать действия во всех судах подчиненного им округа лично или поручать их выполнение подчиненным им сотрудникам. В последней ст. 110 К. Стефко обратил внимание на раздельность внутренней организации суда и прокуратуры, устанавливая самостоятельные прокурорские конторы.

3.2. В проекте А. Могильницкого

В своем проекте¹⁶ А. Могильницки по отношению к прокуратуре использовал название „органы и учреждения прокуратуры [urzędy prokuratorskie]” (глава IX, *Органы и учреждения прокуратуры [Urzędy prokuratorskie]* (ст. 97-103)) склоняясь к решениям, функционирующим в этой области на б. территории аннексированных Россией польских земель. В нормативных правовых актах, издаваемых уже польскими властями с 1918 г. употреблялась именно эта терминология.¹⁷

А. Могильницки, в отличие от К. Стефко, ввел двухступенное деление прокуратуры, как В Верховном суде, так и в остальных судах. Он опять сослался на регулирование, действующее на польских землях, благодаря, м.пр. Департаменту юстиции Временного государственного совета. Итак, в свете ст. 97 про-

16 КК Р.у.с., t. I, c. 138-139.

17 Во Временных положениях об устройстве судебной системы в королевстве Польском TRS от 1917 г. принято решение относительно публичных органов – прокуроров и подпрокуроров, но уже в марте 1918 г. была издана Инструкция для прокурорских органов и учреждений.

екта, при Верховном суде должны исполнять служебные обязанности: Первый прокурор и прокуроры, а при апелляционном и окружных судах - прокуроры и заместители прокуроров. Министр юстиции мог бы назначать при отдельных повятовых судах подпрокуроров окружного суда. По его мнению, деление прокуратуры на три степени в Верховном суде не имело никакого основания. „Должно быть – писал в *Votach separata* – так, как в апелляционном и окружном судах, двухстепенное деление. Действия подпрокуроров, в буквальном смысле, ничем не отличаются от действий прокуроров, за исключением административной стороны и представительства - это принадлежит первому прокурору. Предлагаю ликвидировать должность подпрокуроров при Верховном суде”.¹⁸

Внутренняя организация прокуратуры заключалась бы в иерархической зависимости „нижестоящих” прокуроров от „вышестоящих” (определение, использованное А. Могильницким), а всех - от Министра юстиции, как генерального прокурора. Прокурорские органы при Верховном суде представляли бы собой отдельное целое и не были бы вышестоящей властью по отношению к остальным.

В этом проекте не нашлось места для положений о назначении на должность прокуроров. Несомненно, это было последствием спора между Министром юстиции и Подкомиссией по устройству судебной системы кк, касающегося предметного объема законов: о судеустройстве и статусе судей и прокуроров, кратковременным разрешением которого были решения, принятые 17 ноября 1922 г. во время заседания Подкомитета Специального комитета по организации работ кк РП.

Другие решения, касающиеся организации и деятельности (административной и судебной) органов прокуратуры, то есть осуществления надзора, руководства, заместительства, по отношению к проекту К.Стефко, в принципе не изменились. А. Могильницки в ст. 99 подчеркнул, что каждый прокурор действует от имени всей системы прокурорских органов. Зато он отказался трактовать прокуратуру как орган правительства. Из новых положений заслуживает внимания возможность поручения апелляционным прокурором (по согласованию с председателем этого суда) старшему прокурорскому стажеру постоянно выполнять действия подпрокурора при окружном суде (ст. 101).¹⁹ Кроме этого, А. Могильницки – автор положения о присяжных, предусматривал в составе комиссии, составляющей годовые списки присяжных заседателей для округа

18 КК Р.у.с., t. I, c. 183.

19 Кроме этого в ст. 102 распространил на прокуроров действие ст. 41 своего проекта, в которой шла речь об определении служебного старшинства в случае равноправных должностей в одном и том же суде.

данного окружного суда, участие прокурора или подпрокурора окружного суда (ст. 81 § 1).

3.3. В проекте Подкомиссии по устройству судебной системы КК

В этом проекте положения о прокуратуре были размещены в главе VIII *Прокурорские органы и учреждения* (ст. 135-143) и являлись практически синтезом предложений К. Стефко и А. Могильницкого.²⁰ Члены Подкомиссии не поддались здесь давлению Министра юстиции и вернулись к положениям о назначении и квалификации прокуроров, одобряя, впрочем, по этому вопросу решения К. Стефко.²¹ Прокуроры и подпрокуроры при Верховном и апелляционных судах назначались бы Президентом Речи Посполитой, а подпрокуроры при окружных судах – Министром юстиции (ст. 138). Могли ими быть **только** (подчеркнуто мной – М.М.) лица, обладающие квалификацией судей (ст. 139).²² Вышеуказанное положение унифицировало путь к должности судьи и прокурора. Таким образом, нашли бы здесь аналогично применение такие же условия, каким должны отвечать кандидаты в судьи. Было сохранено трехступенное деление прокуратуры в Верховном суде. А. Могильницки подверг критике (в *Votach separata*) институт квази-прокуроров, то есть, лиц, не обладающих квалификацией, соответствующей для того, чтобы занимать должность прокурора, назначенных на определенное время прокурором апелляционного суда исполнять обязанности публичного обвинителя в повятовых судах (ст. 137 абз. 3).²³ Считал он, что следует этот институт отменить либо сохранить в виде временного положения для б. земель, аннексированных Австрией, до момента введения новой польской уголовной процедуры, которая не предусматривала „эрац-прокуроров” такого вида (по крайней мере на этапе работ над ним в секции уголовной процедуры КК). „Австрийский опыт – писал он – доказал, что те заместители прокурора, которые не являются юристами, выполняют свои обязанности очень плохо, поэтому нельзя этот институт оставить, тем более, что можно без него совершенно обойтись”.²⁴

Сохранено также участие прокурора (без подпрокурора) в окружной комиссии, составляющей годовые списки присяжных заседателей для округа данного окружного суда (ст. 56 b)).

20 КК P.u.s., т. I, с. 160-161.

21 Напомним, что во время заседания Подкомиссии Специального комитета по организации работ кк в ноябре и декабре 1922 г. принято решение включить в проект закона об устройстве судебной системы положения о назначении судей и прокуроров. КК P.u.s., Т. I, с. 5.

22 В проекте К. Стефко похожий закон звучал по-другому, не был так однозначен: ст. 103. „Прокурорами и заместителями прокуроров могут быть назначены лица, которые обладают квалификацией судей”. Разница заключалась исключительно в обороте „могут быть”. Такая формулировка создавала бы возможность допуска на должность лиц без квалификации судей (могут, но не обязательно должны).

23 Не было их, впрочем, на б. землях, аннексированных Австрией.

24 КК P.u.s., т. I, с. 183.

3.4. О прокуратуре в дискуссиях Подкомиссии

На заседании 27 ноября 1923 г. члены Подкомиссии по устройству судебной системы КК занялись положениями о прокурорских органах и учреждениях, подготовленными в обсуждаемом выше проекте.²⁵ По заявлению К. Стефко почти без дискуссии была устранена ст. 135.²⁶ Не было её в предыдущих проектах К. Стефко и А. Могильницкого и, по всей вероятности, была устранена из-за излишней неопределенности. Затем В. Прондзынски предложил устранить ст.136, устанавливающую Министра юстиции Генеральным прокурором, так как, по его мнению, пункт 1 ст. 142 „достаточным образом определял должность Министра юстиции”.²⁷ Поддержали его только Ю. Калужняцки и З. Сейда. Однако ни один из участников дискуссии не сомневался, что Министр юстиции как Генеральный прокурор исполнял бы одновременно две функции: процессуальную – сам мог бы принимать участие в судебном производстве и административную – он обладал бы правом надзора и руководства по отношению ко всем прокурорским органам в Речи Посполитой в целом. Предложение В. Прондзынского, в конечном счете, не прошло голосования.

В дальнейшей части этого заседания появились два важных постулата, над которыми была проведена длинная и исчерпывающая дискуссия. В первом из них А. Могильницки последовательно высказывался за ликвидацию должности подпрокуроров в Верховном суде, то есть, за двухступенное деление прокуратуры в этой инстанции. Во втором Ю. Калужняцки предложил, чтобы в апелляционных и земских судах (окружных) работали: первый прокурор, прокуроры и подпрокуроры. Такое решение, по его мнению, было бы желательным из-за необходимости существования между шефом прокуратуры и подпрокурорами, старших, более опытных прокуроров. Это предоставляло бы также шанс прокурорам на повышение по службе, в противном случае подпрокуроры охотно уходили бы в органы юстиции. В. Маньковски, поддерживая предложения А. Могильницкого и Ю. Калужняцкого заявил, что в состав прокуратуры Верховного суда должны входить люди „с особым опытом и образованием” и, что самое главное, со служебным рангом выше прокурора апелляционного суда. Мнения следующих участников дискуссии относительно этих вопросов были, большей частью, противоположные, а спор сосредоточился, главным образом, на объеме действий „шефов” прокуратуры, возможности повышения в должности, номенклатуры (В. Прондзынски предлагал

25 КК Р.у.с., т. II, с. 110-119.

26 Ст. 135. „Задачей прокурорских органов является надзор за законным отправлением правосудия и способствование этому с помощью мер, предусмотренных законом.”

27 Ст. 142. „Правом надзора и руководства обладает: 1. Министр юстиции как генеральный прокурор, по отношению ко всем прокурорским органам в Речи Посполитой в целом [...]” КК Р.у.с., т. I, с. 161. Я. Глясс был против устранения ст. 136 утверждая, что „эта статья содержит общий принцип, дальнейшие последствия которого определяет ст. 142 КК Р.у.с., т. I, с. 110.

создание при апелляционном суде постов прокуроров и заместителей прокуроров; при земском суде – прокуроров, заместителей прокуроров и подпрокуроров). Ценную информацию предоставил собравшимся С. Буковецки напоминая, что французский кассационный суд знал три степени прокуроров: *procureur général*, *avocat général* и *substitut*. Окончательно, в результате голосования были поддержаны оба предложения. В связи с тем Я. Глясс редактировал новое содержание абзаца 1 ст. 137 (принятое единогласно), которого текст гласил: „при Верховном суде исполняют служебные обязанности: Первый прокурор и прокуроры Верховного суда, при апелляционных судах – прокуроры и заместители прокуроров апелляционного суда, при земских судах – прокуроры, заместители прокуроров и подпрокуроры земского суда”. Для согласования с другими, уже принятыми законами, установлено, (предложение К. Стефко) что заместителей прокурора будет назначать Президент Речи Посполитой а подпрокуроров – Министр юстиции (ст. 138 проекта). Важным дополнением к этому положению – предложенным В. Прондзынским и утвержденным членами Подкомиссии – был абзац 2, регулирующий вопрос по переводу прокуроров на такую же должность при равноправном суде, этим правом обладал бы Министр юстиции.

Очень интересную полемику вызвал своим выступлением Я. Глясс, оглашая фрагмент из своего доклада о роли прокурора как публичного обвинителя. Здесь следует процитировать его в целом, так как была это своего рода кульминационная точка дискуссии, в которой решалась судьба так наз. прокурорской независимости и сталкивались разные мнения относительно места прокуратуры в системе общих судов, базирующие на опыте трех государств, аннексирующих польские территории. Вот и он: „Прокурорские органы находятся в полной иерархической взаимозависимости, это касается административных действий. Однако на судебном заседании или в уголовном судопроизводстве, где прокурор является стороной в процессе или в гражданском суде, где является важным фактором правильного отправления правосудия, прежде всего, в Верховном суде, прокурор должен обладать полной независимостью, чтобы эффективно принимать участие в отпращивании правосудия и противостоять самостоятельной адвокатуре как равный равному. Это возможно лишь тогда, когда не ограниченный никакими инструкциями своих начальников, прокурор будет прислушиваться только к голосу совести и положениям закона, согласно старому принципу: „*la plume est serve, mais la parole est libre*”. Этот принцип соблюдает устройство системы прокуратуры в родине публичного учреждения – во Франции, но также и в царской России, по старой российской организации судебной системы (ст. 130). Против этого принципа вы-

ступает австрийское и немецкое законодательство (§ 147 орг. суд. нем.)²⁸, делая с представителей публичного учреждения „прокурорских чиновников” во всех действиях зависящих от власти, а также – к сожалению – польский проект”.²⁹ Итак, автор цитируемого фрагмента из доклада являлся сторонником полной „независимости” прокурора в судопроизводстве – зависящей только от положений закона.

Против этого предложения решительно высказался В. Прондзынски. Он представлял „немецкую” точку зрения и считал, что организация системы прокуратуры должна быть основана на принципе беспрекословного повиновения по отношению к вышестоящим должностным лицам, с которых наивысший – министр – отвечает за деятельность всей прокуратуры. Противником постулата Я. Глясса был также К. Стефко. Он не замечал угрозы ограничения инструкциями прокурора, а если бы такая ситуация произошла – что, скорее всего, случалось бы редко и прежде всего в политическом процессе – то не допускал возможности, чтобы представитель прокуратуры обладал здесь свободой действия. Остальные выступающие (Ю. Калужняцки, А. Могильницки, С. Врублевски, В. Маньковски, С. Буковецки) в принципе поддерживали мнение автора доклада. Ю. Калужняцки заметил, что в австрийском законодательстве не существовал приказ соблюдения прокурором инструкции на судебном разбирательстве; зато А. Могильницки обратил внимание на вероятность возникновения в процессе парадоксальной ситуации (в случае поведения согласно инструкциям начальника), в которой прокурор в своей речи склонялся бы к позиции защиты а в заключении поддерживал бы обвинение. Эту интересную дискуссию прервал достаточно неожиданно представитель Министра юстиции В. Мюллер, внося очень конкретное и одновременно компромиссное предложение, чтобы дополнить обсуждаемую статью 141 проекта следующим содержанием „однако при подаче заявлений на судебном разбирательстве, могут, принимая на себя ответственность, отказаться от выполнения распоряжений, полученных ими в связи с данным делом”. Это предложение, поддержанное самим Я. Гляссом, было принято большинством голосов.

Принятие членами Подкомиссии этого решения окончил дальнейшие рассуждения на тему органов и учреждений прокуратуры.

3.5. О прокурорских органах и учреждениях в окончательном проекте КК

В Изменениях в проекте об общих судах к проекту VII Подкомиссии по устройству судебной системы, разработанных А. Могильницким, Е.С. Раппа-

28 § 147. „Сотрудники прокуратуры должны выполнять служебные приказы своего начальника.”
29 КК P.u.s., т. II, с. 115.

портом и Я. Ямонттом, к главе V. *Прокурорские органы и учреждения* (ст. 108 – 113) были добавлены две новые статьи.³⁰ Согласно ст. 110, способ назначения прокуроров, заместителей прокуроров и подпрокуроров определял бы закон о государственной службе судей и прокуроров. В свете же ст. 112, прокуроры при апелляционном и окружном судах назначали бы на постоянный срок одного или больше заместителей прокуроров или прокуроров для участия в судопроизводстве по делам несовершеннолетних в данном округе. Обе статьи были необходимы из-за факта, что члены кк знали, что ведутся параллельные работы в Министерстве юстиции над законами: о судах по делам несовершеннолетних и о положении о службе судей и прокуроров.³¹

Во время дискуссии на заседании Подготовительной комиссии комитета по организации работ КК (13 декабря 1924 г.) не была введена в эту часть проекта никакая существенная модификация. Только А. Могильницки изменил свое мнение относительно заместителей прокуроров (при апелляционных и земских судах) и предлагал восстановление этого института по практическим основаниям. Предложение было принято единогласно.³² В проекте VIII, то есть, в окончательном проекте кодификационной комиссии были повторены, собственно говоря, все решения содержащиеся в проекте VII Подкомиссии по устройству судебной системы. На этот раз эти положения нашлись в главе VII. *Органы и учреждения прокуратуры* (ст. 128-134).³³

4. О прокуратуре в правительственных проектах и в распоряжении

В правительственный проект закона об общих судах от 1925 г., по сравнению с окончательным проектом КК, в принципе не были внесены никакие существенные изменения. Заслуживает однако внимания корректировка названий органов прокуратуры, функционирующих при Верховном суде. Итак, в ст. 130 название Первого прокурора было заменено Генеральным прокурором, а заместителей прокуроров – заместителями Генерального прокурора.³⁴ В пра-

30 Там же, с. 190-191.

31 Проект закона о судах для несовершеннолетних КК приняла 7 декабря 1921 г. а 22 декабря 1921 г. отправила его Министру юстиции. КК P.u.s., t. II, с. 214.

32 КК P.u.s., т. II, с. 214. В комитете по организации работ КК дискуссия о прокурорских органах вообще не проводилась.

33 КК P.u.s., т. II, с. 245-246.

34 Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. Издание № 1955. Это обосновывалось следующим образом: „Предлагаемые кодификационной комиссией названия органов прокуратуры, функционирующих при Верховном суде, а именно, Первого прокурора, прокуроров и заместителей прокуроров не вполне соответствуют принципам устройства прокуратуры Верховного суда а также объему труда и квалификации нужной для выполнения этих обязанностей. Хотя работа этих органов по интенсивности и добросовестности есть и должна быть именно такой же, как судей Верховного суда, однако организация Прокуратуры основана на тесной иерархической взаимозависимости. Первый прокурор не является, как это имеет место с судьями, первым между равными; он является вышестоящим чиновником и начальником подчиненных ему органов Прокуратуры; в его руках, как Генерального прокурора, сосредоточивается, в заместительстве

вительственном проекте закона о судьях и прокурорах общих судов от 1924 г, прокуратуре посвящена часть III в целом (глава IX, ст. 114 – 134).³⁵ Этими законами регулировались такие вопросы, как: общие условия, необходимые для назначения на должность прокурора, процедуры номинации, служебные отношения а также права и обязанности. Внимания заслуживает содержание ст. 114: „Прокурор является органом Правительства, он должен стоять на страже конституции, законов и распоряжений Правительства и исполнять свои обязанности с абсолютной бескорыстностью и равной для всех беспристрастностью”. Юридическая комиссия Сейма (куда был направлен этот проект 2 мая 1925 г.) ввела в эту статью важную модификацию. Вместо постановления, что прокурор является органом правительства, эта комиссия сочла необходимым „подчеркнуть роль прокуратуры как блюстителя законности”.³⁶

Министра, надзорная власть над органами прокуратуры при высшей судебной инстанции, он должен заботиться об единстве действий подчиненных ему органов и указывать им направление. Поэтому правильнее заменить проектируемое название Первого прокурора, не отражающее сути его действий, названием Генерального прокурора. Структура Верховного суда предусматривает наличие в нем палат (ст. 39). Во главе органов прокуратуры, функционирующих в этих палатах, стоят непосредственные помощники Генерального прокурора, выполняющие в его заместительство по отношению к остальным органам надзорные и административные действия; для этих органов название заместителей Генерального прокурора будет более адекватным. Так как Прокуратура в Верховном суде не является целью в иерархии прокурорских органов, только скорее совещательным и консультационным органом Верховного суда (по проекту закона об уголовном судопроизводстве „Прокуроры при Верховном суде дают объяснения по правовым вопросам”), поэтому может занимать другие служебные должности, в отличие от других прокурорских органов. Принимая это во внимание следовало бы сохранить для других прокурорских органов при Верховном суде название прокуроров при Верховном суде.”

35 Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. Издание № 1200. „Ст. 115. На должность прокурора может быть назначен тот, кто отвечает требованиям, определенным в ст. 6 и 7 (обладает в полном объеме гражданскими и публичными правами; с безукоризненной репутацией; которому исполнилось 25 лет; владеет польским языком как в устной, так и в письменной форме; окончил университетское юридическое обучение с обязательными в Польше экзаменами; прошел судебную стажировку; сдал судейский экзамен – ст. 6; от обязанности прохождения стажировки и сдачи судейского экзамена были освобождены профессора и доценты юридических наук на польских государственных университетах а также адвокаты – ст. 7);

Ст. 116 § 1. Никто не может стать прокурором при этом суде, в котором уже работает судьей или прокурором его родственник четвертой степени родства или свойственник по вторую степень свойства включительно. В случае позднейшего возникновения свойства между судьями и прокурорами одного суда, тот, кто вступил в брак, последствием которого было возникновение свойства, должен быть переведен на другую равностепенную должность.

§ 2 от этих постановлений Министр юстиции может отказаться после ознакомления с мнениями прокурора при Апелляционном суде или первого прокурора при Верховном суде;

ст. 117 § 1. Окружных подпрокуроров назначает Министр юстиции среди лиц, которые не менее одного года занимали должность судьи.

§ 2. Всех других прокуроров назначает Президент Речи Посполитой по заявлению Совета министров среди лиц, которые не менее трех лет занимали судейские или прокурорские должности.

§ 3. кандидатов на должности окружных прокуроров и подпрокуроров а также апелляционных подпрокуроров представляет Министру прокурор апелляционного суда, а кандидатов на должности прокуроров и подпрокуроров при Верховном суде – Первый прокурор при Верховном суде. Однако Министр может назначить или предложить на должность другого кандидата.

Ст. 118. § 1. О каждой вакантной должности прокурора Министр объявляет в вестнике законов с указанием даты подачи документов и заявлений претендентов на эту должность.

§ 2. Способ объявления конкурса определит распоряжение Министра юстиции”

36 Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. Издание № 2005. Статья эта устанавливала: „Прокурор стоит на страже закона. В своих действиях прокурор подчинен распоряжениям своих вышестоящих властей, руководствуясь равной для всех беспристрастностью”.

Распоряжением Президента РП *Закон об устройстве общих судов* от 6 февраля 1928 г. на территории II Речи Посполитой была введена организация единой системы прокуратуры. Положения этого закона были, по правде, компиляцией выше обсужденных достижений в этой области как правительства, так и КК.³⁷ Прежде всего, не отрицалась представленная в окончательном проекте КК общая концепция устройства прокурорских органов и учреждений. В правительственном проекте закона о судьях и прокурорах эта концепция сохранилась и там, главным образом, все усилия сосредоточились на разработке регулирования положения о прокурорской службе.

Резюмируя рассуждения на тему реформы прокурорских органов и учреждений следует подчеркнуть, что основные принципы, относящиеся к организации и деятельности, обращались в значительной степени к немецкой модели прокуратуры и частично к австрийской. Прокуратура, как государственный орган в области уголовного преследования, по компетенции и по структуре должна быть связана с судебной системой и подчинена Министру юстиции как Генеральному прокурору. Организация прокуратуры опиралась на принципы: централизма, единства и иерархической подчиненности, а способ их действия на принципы: законности, субституции и деволуции. Эту модель одобрили кодификационная комиссия и правительство. Поэтому оба эти органа в равной степени поспособствовали формированию организационно-правовых форм института прокуратуры, окончательно зафиксированных в законе об общих судах [u.s.p.] от 1928 г.

37 См. шире на эту тему S. Gołąb: *Ustrój sądów...*, с. 201; A. Czerwiński: *Ustrój sądów powszechnych*, Lwów 1928, с. 43-45; J. Szuster: *Uwagi z powodu ustroju prokuratury*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1928, № 27, с. 417-419; S. Zalewski: *Prokuratura według projektów ustawy o ustroju sądownictwa i ustawy postępowania karnego*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1925, № 24-25, с. 377-390 i 392-396; B. Pohorecki: *Udział prokuratora w postępowaniu przed Sądem najwyższym w sprawach cywilnych*, „Palestra” 1928, с. 97-100; S. Włodyka: *Organizacja wymiaru...*, с. 36-44; R.A. Stefański: *Prokuratura...*, с. 77- 85; S. Śliwiński: *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, с. 300-307.

WORK OF CODIFICATION COMMISSION OF THE SECOND REPUBLIC ON THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE

The Polish state that regained its independence in November 1918, still operated under the various legal systems (Austrian, German, French, Russian, Hungarian – Spiš and Orava) of the partitioning states. Law organization was the problem of main importance while laying down the foundations of the Second Republic (1918-1939) and became a heated political and social issue. Reorganizing the law was the role of Polish lawyers of that time. In the Second Republic, the Codification Commission, which was founded especially for this purpose, was in charge of this task.

The Codification Commission of the Republic of Poland was set up by the law passed by Legislative Sejm on 3 June 1919 and was a state body whose task was to “prepare acts of uniform legislation to be binding on all territories belonging to the state.” Handling this task pursuant to Law on the system of common courts (including the public prosecutor’s office) was the role of the Sub-committee for the structuring of judicial system of the Codification Commission, founded in 1920. Simultaneously, work on this issue was taken up by the Ministry of Justice. Moreover, the lower house of the Polish parliament also played an important role here as it adopted both the March Constitution and the structure of the judicial system and therefore established directions for the Sub-committee and the Ministry’s activity.

The ultimate success of the work of the Codification Commission of the Republic of Poland on the reform of the public prosecutor’s office was the President’s Ordinance *Law on the system of common courts* of 3 February 1928. Finally, a uniform structure of the public prosecutor’s office was introduced on the territory of the Second Republic. Actually, these acts were a compilation of work on this issue of both the government and the Codification Commission.

Key words:

The Second Republic, the Codification Commission of the Republic of Poland, the public prosecutor’s office, reforms, the President’s Ordinance *Law on the system of common courts* of 3 February 1928.

ЭТЮД О ЗАЛОГЕ В РУССКОМ ПРАВЕ XV-XVII В.

Даже по сохранившимся документам можно судить, что залог был очень широко распространен на практике в рассматриваемый период. Однако до наших дней сохранилась лишь малая толика частноправовых актов той эпохи,¹ и, возможно, ответов на некоторые вопросы мы не получим уже никогда. Тем не менее, история развития залога в русском праве была достаточно популярной темой в русской дореволюционной юридической литературе. После революции, однако, интерес к этой теме угас и в полной мере не возродился до сих пор. Между тем нельзя сказать, что тема может считаться исчерпанной. Скорее напротив, многие принципиальные вопросы остаются неразрешенными. В этом небольшом очерке сделана попытка обозреть основные проблемы, связанные с изучением залога в русском праве XV-XVII в.

Уже первые работы по истории залога в русском праве выявили две позиции, противостояние которых стало лейтмотивом последующих дискуссий. Так, Д.И. Мейер в своей известной работе 1855 г. пришел к выводу, что в старом русском праве залог не устанавливал право на чужую вещь, а означал переход права собственности от залогодателя к кредитору.² В настоящее время эта точка зрения поддерживается, например, В.А. Беловым.³ Основывается такая позиция на двух столпах: во-первых, русское право того времени не знало залога недвижимости без передачи ее во владение залогодержателя, во-вторых, русское право тогда вообще не различало владение и право собственности. Эти утверждения, однако, вряд ли справедливы: случаи залога недвижимости без передачи владения встречаются довольно часто, а различие правового положения собственников (вотчичей, вотчинников) и лиц, обладавших земельными участками на иных основаниях (например, помещиков и на-

1 Акты служилых землевладельцев XV- начала XVII века. Т. 2. М.: Памятники исторической мысли, 1998. С. 4.

2 Мейер Д.И. Древнее русское право залога // Мейер Д.И. Избранные произведения по гражданскому праву. М.: Центр ЮриИнфоР, 2003.

3 Белов В.А. «...Для дела правды и добра трудитесь до самой смерти вашей...» (Вступительная статья к книге: Мейер Д.И. Избранные произведения по гражданскому праву. М.: Центр ЮриИнфоР, 2003). С. 35 и след.

нимателей) достаточно полно изучено; известны и примеры продажи залогодателем предмета залога, находящегося во владении залогодержателя.

Одновременно с Д.И. Мейером (в 1858 г.) другой авторитетнейший русский ученый – К.А. Неволин, – утверждал совсем иное. С точки зрения К.А. Невוליной, залог по старому русскому праву мог приводить к переходу права собственности к залогодержателю в случае просрочки уплаты долга, иногда же несмотря на неуплату занятых денег в срок имущество оставалось собственностью залогодателя, но залогодатель продолжал пользоваться заложенным имуществом.⁴

На то, что залог в русском праве, начиная, по крайней мере, с XVI в., в большинстве случаев представлял собой именно право на чужую вещь, не являясь продажей с условием о выкупе, писали практически все исследователи истории этого института: Л.А. Кассо,⁵ В. Удинцев,⁶ А.С. Звоницкий,⁷ М.Ф. Владимирский-Буданов.⁸ Например, А.С. Звоницкий категорически утверждал, что «в русском залоге абстрактное право собственности никогда не передавалось до срока залогодержателю, а передача владения, вследствие позднего возникновения этой формы, застала уже более или менее развитое правосознание, не смешивавшее ее с отчуждением; поэтому досрочное владение и пользование залогодержателя всегда носило производный, условный характер».⁹ С середины XVI в. права на землю подлежали внесению в вотчинные книги Поместного приказа, и в случае с залогом право собственности залогодержателя на заложенные имения могло регистрироваться лишь по просроченным закладным, но никак не с момента установления залога. При этом значение записи было настолько велико, что ст. 34 гл. 17 Соборного Уложения постановляла, что в случае, если недвижимость продана двум лицам, и одному она передана во владение, а за другим записана в книгах Поместного приказа, то собственником признавался указанный в книгах.

На практике, как отмечал еще К.А. Неволин, встречались практически все мыслимые формы залога. Очень популярным инструментом в русском праве XV-XVII в. был антихрез. Хотя само это название и не использовалось, суть отношений вполне описывается классическим определением: *Si antichresis facta sit (fundī aut aedium)... in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiēdo habitandoque. (D. 20.1.11.1).* - В случае залога земли или дома по антихрезу,

4 Неволин К.А. История российских гражданских законов. Ч. 3. М.: Статут, 2006. С. 143.

5 Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве. М.: Статут, 1999. С. 199 и след.

6 Удинцев В.А. История займа. Киев: Типография И.И. Чоколова, 1908.

7 Звоницкий А.С. О залоге по русскому праву. Издание книжного магазина Н.Я. Оглобина. Киев, 1912.

8 Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. М.: Издательский дом «Территория будущего», 2005.

9 Звоницкий А.С. О залоге по русскому праву. Издание книжного магазина Н.Я. Оглобина. Киев, 1912. С. 170.

кредитор вместо процентов собирает плоды либо путем сдачи в аренду, либо путем непосредственного сбора плодов, или проживая в доме.

В римском праве, как известно, антихрез получил распространение ближе к византийской эпохе, что связывается с наступлением экономического упадка и недостатком наличных денег, из-за чего должники были вынуждены отдавать землю во владение и в пользование кредитору с тем, что плоды поступали в покрытие процентов.¹⁰ По сходным причинам антихрез получил широкое распространение и в России,¹¹ где не было серебряных рудников, и сырьем для чеканки монеты было серебро, поступавшее в результате международной торговли. На протяжении столетий в России общепринятой ставкой процентов за пользование заемными средствами (т.н. рост) было 20%.¹² Понятно, что такой размер процентов лишь усугублял положение.

Поэтому антихрез представлял собой вполне приемлемый выход из трудного положения, поскольку платой за пользование капиталом выступало пользование заложенным имуществом, и размер этой платы регулировался размером этого последнего. Надо отметить, что антихрез не использовался в России для обхода запрета на взимание процентов (установленного ст. 255 Соборного Уложения 1649 г.) – судя по сохранившимся документам, этот запрет остался просто незамеченным, и необходимости обхода закона не было. Более того, после принятия Уложения сфера применения антихреза даже сократилась, уступив место платежу роста.

В некоторых случаях пользование кредитором заложенным имуществом покрывало лишь часть стоимости займа, а другую часть должник должен был вносить деньгами. Например, в одной из закладных 1523 г. указывается на то, что заемщику передается 300 рублей. В обеспечение он передает в залог свое недвижимое имущество. кредитор получает право пользоваться этой недвижимостью, что покрывает проценты с части долга в 200 рублей. Проценты со 100 рублей должник платит деньгами.¹³

Иногда недвижимость могла передаваться в пользование «за рост» только с момента просрочки возврата долга – см., например, закладную кабалу 1570 г.¹⁴ Права кредитора пользоваться заложенным имуществом могли ограничиваться лишь определенным видом использования. Например, закладная

10 Римское частное право: Учебник. Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Петерского. М.: Юристъ, 1997. С. 344.

11 Неволин К.А. История российских гражданских законов. Ч. 3. М.: Статут, 2006.

12 См., в частности: Рассказова Н.Ю. Ростовщические проценты // Основные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею А.Л. Маковского. М.: Статут, 2010. С. 225.

13 Акты русского государства 1505-1526 гг. М.: Наука, 1975. С. 221.

14 Акты служилых землевладельцев. Т. 1. С. 219.

1462 г. предусматривает, что кредитор вправе косить сено в заложенной ему деревне.¹⁵

В случае неуплаты долга вовремя заложенная на условиях антихреза вотчина чаще всего поступала в собственность залогодержателя — по терминологии тех лет, закладная кабала обращалась в купчую. Установление пользования заложенным имуществом «за рост» вкупе с условием о *lex commissoria* позволяло кредитору чувствовать себя достаточно комфортно. Впрочем, наравне с этим условием встречается и другое — должник оставался собственником, а кредитор продолжал пользоваться заложенным имуществом до тех пор, пока должник не уплатит долг. Например, в соответствии с условиями закладной 1602 г. кредитор получал право пахать заложенную землю и косить на ней сено; в случае просрочки такое положение дел сохранялось до возврата долга.¹⁶

Впрочем, если заложенное имущество передавалось в «полное» пользование, с практической точки зрения сохранение права собственности за должником мало отличалось от перехода права собственности к кредитору. Стоимость земли в аграрную эпоху определялась исключительно производимыми на ней продуктами; иными словами, земля имела в первую очередь потребительскую, а не меновую ценность. Поэтому интерес кредитора заключался прежде всего в том, чтобы получить возможность получения плодов недвижимой вещи, а не право собственности на нее.¹⁷

Тем не менее, эти два вида антихреза четко разграничивались на практике при помощи словесных формул, неизменных на протяжении столетий. Это разграничение хорошо заметно на примере одной из закладных, по которой кредитор в случае просрочки продолжал пользоваться заложенной недвижимостью в счет процентов, однако если ему понадобятся деньги, должник должен был выплатить сумму долга или перевести на кредитора право собственности на предмет залога.¹⁸

Заложенное имущество могло и не передаваться во владение кредитору. В закладных можно встретить прямые указания на то, что до срока возврата долга должник сохраняет владение заложенным имуществом.¹⁹ И.А. Базанов писал о том, что залог без передачи владения широко практиковался в Пскове

15 Акты социально-экономической истории Северо-Восточной Руси конца XIV – начала XVI в. Т. 2. М.: Издательство Академии наук СССР, 1958. С. 361.

16 Акты служилых землевладельцев XV – начала XVII века. Т. 4. М.: Древлехранилище, 2008. С. 185.

17 Hubner R. A History of Germanic Private Law. The Lawbook Exchange, Ltd. New Jersey. P. 377.

18 Архив гостей Панкратьевых XVII – начала XVIII в. Т. 2. М.; СПб: Альянс-Архео, 2007. С. 71.

19 См., например: Акты Соловецкого м-ря 1572-1584. С. 180; Акты Иверского Святоозерского м-ря (1582-1706). СПб, 1878. С. 27; Шумаков С.А. Обзор «Грамот коллегии экономии». Вып. 5: Материалы по Владимиру, Гороховцу, Мурому, Суздаю, Юрьеву-Польскому и Вологде / Составитель Л.И. Шохин. М.: Древлехранилище, 2002. С. 237.

в XVII в.²⁰ В.Ф. Владимирский-Буданов высказывает также предположение, что в тех закладных, в которых указывается, что кредитор получает право пахать за рост земли только в случае просрочки, имеется в виду, что до того времени вещь остается во владении и пользовании должника. Им же высказано предположение, что об ипотеке нужно говорить и тогда, когда закладная говорит об установлении «поруки» вещи – т.е. о поручительстве, в котором поручителем выступает вещь.²¹ к таким случаям нужно отнести и те довольно экзотические примеры, когда должник в счет процентов «брал на себя обязанность предоставить кредитору плоды заложенной вещи, которая оставалась во владении должника».²²

Сферой применения залога были, разумеется, заемные операции. Еще ст. 30 Псковской Судной грамоты устанавливала правило: займы больше рубля без залога не давать. Были выработаны достаточно строгие требования к форме договоров займа. Они должны были составляться исключительно в письменной форме – в форме кабальных грамот.²³ Условие о залоге фиксировалось в том же документе, в который заносились условия основного обязательства. Документ, в котором фиксировались условия займа и обеспечивающего его залога, носил название закладной кабалы. Письменная форма займа значительно упрощала судопроизводство в случае принудительного взыскания с должника. Еще в 16 в. англичанин Д. Флетчер (кстати, доктор гражданского права) отмечал, что в отличие от прочих «дела, возникающие на основании записей или письменных обязательств, решаются у них [русских], большей частью, удовлетворительно и скоро».²⁴ В 1635 г. «государь царь и великий князь Михайло Федорович всея Руси» указал, чтобы «никакие меж себя ссуды, без кабал и без памятей никто никому не давал и не ссужался», и без кабал и заемных памятей суда не давать. Статья 189 гл. X Соборного Уложения, принятого в 1649 г., подтвердила это правило: без кабал, заемных памятей против ответчиков суда не давать. Г. Котошихин, говоря о сложившейся в Московском государстве практике, писал, что «суд дается по записям»; при отсутствии кабалы суд не дается, «хотя б и двадцать человек свидетелей было, все то ни во что». Статья 254 гл. X Соборного Уложения устанавливала, что против заемной кабалы допускаются лишь письменные доказательства осуществления платежа по ней.

20 Базанов И.А. Вечинный режим в России. С. 37.

21 Хрестоматия по истории русского права. Составил Владимирский-Буданов М.Ф. Выпуск третий, издание третье. 1888 г. Прим. 57 М.Ф. Владимирского-Буданова к Указной книге ведомства казначеев.

22 Удинцев В.А. История займа. Киев, 1908. С. 97.

23 Большинство историков права сходятся во мнении, что слово «кабала», арабское по происхождению, вошло в русский язык вместе с монгольским завоеванием: «в татарских официальных документах оно употреблялось в смысле заемной расписки». См.: Зиновьева Е.И. Записные кабальные книги Московского государства XVI-XVII веков: Структура. Лексика. Фразеология. СПб: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2000. С. 44.

24 Флетчер Д. О государстве русском. М.: Захаров, 2002. С. 80.

Закладные кабалы были обрачаемым инструментом. Уже со второй половины XVI в. оборот закладных кабал был явлением распространенным. Передача закладных осуществлялась при помощи так называемой «данной» - передаточной надписи, которая могла совершаться как на самой закладной, так и отдельным документом. Иногда на одной кабале можно видеть ряд передаточных надписей.²⁵

Залог, при котором право собственности на предмет залога не переходит к кредитору, может выполнять свою обеспечительную функцию, лишь будучи снабженным свойством следования, т.е. сохраняясь при отчуждении вещи. Свойство следования залога, свидетельствующее об определенном уровне развития залогового права, начинает прослеживаться по некоторым косвенным признакам еще до его первого «официального упоминания» в законодательстве. Впрочем, это не удивительно: тогдашнее законотворчество сводилось к записи уже сложившихся правовых обычаев; случаи иностранных заимствований были редки, а теоретическая юриспруденция тогда в России просто отсутствовала. Появление свойства следования залога можно заметить, читая дошедшие до нас договоры купли-продажи недвижимости и акты, оформлявшие вклады в монастыри. На некотором этапе в них начинает все чаще встречаться оговорка, которую можно выразить следующим образом: «если предмет купли-продажи окажется заложенным по долгам продавца, то последний должен сам уплатить эти долги, не «доводя» их до покупателя». Оборот не воспринимал отчуждение заложенной вещи как основание для прекращения залога: при отчуждении заложенной вещи долг, обеспеченный залогом, ложился на приобретателя вещи. Этому могло способствовать и существовавшее, по видимому, в нашем праве тех лет представление о залоге как о «поручительстве вещи», «обязательстве вещи».²⁶ Смысл оговорки заключался в том, что продавец гарантировал отсутствие каких-либо обременений вещи, а в случае обременения вещи залогом обязывался платить лежащий на вещи долг своими деньгами.²⁷ Например, в «очищальной записи» 1516 г. продавец обязуется, что в случае обременения проданной им деревни залогом он сам выплатит долг, «не приводя денег» к покупателю.²⁸ В купчей 1517 г. продавец пишет: «А если будет то село и деревни по кабалам в деньгах заложено, те деньги по кабалам платить мне».²⁹

25 Подробнее см.: Рыбалов А.О. Оборот закладных кабал в русском праве XVI в. // Вестник гражданского права. 2008. № 3.

26 Звоницкий А.С. О залоге по русскому праву. Издание книжного магазина Н.Я. Оглобина. Киев, 1912. С. 37 и след.

27 См., например: очищальная запись 1527-1529 гг. (Акты феодального землевладения и хозяйства. Ч. 2. М.: Издательство Академии наук СССР, 1956. С. 103); очищальная запись от 28.05.1554 (Акты служилых землевладельцев XV-начала XVII в. Т. 3. М.: Древлехранилище, 2002. С. 410).

28 Акты Троицкого калязина монастыря XVI в. Сост. С.Н. Кистерев, Л.А. Тимошина. М., СПб: Альянс-Архео, 2007. С. 21.

29 Там же. С. 24.

Подобные оговорки встречаются в русском праве начиная с середины 15 в.³⁰ В последующем оговорка об «очистке» оформляется в устойчивую форму, встречающуюся все чаще. Положения об ответственности приобретателя недвижимости по долгам, которые лежат на ней, встречаются и в Литовском статуте 1529 г. (ст. 1 раздела 10). Сейчас трудно сказать: то ли литовское право оказало влияние на отечественное залоговое право, то ли правовые системы развивались параллельно, взаимно дополняя друг друга (во многом благодаря почти непрерывавшимся войнам между Московским государством и Великим княжеством Литовским). как бы то ни было, как видим, в нашем праве свойство следования залога появилось до 1529 г.

В позитивном праве свойство следования залога появляется в Указе Ивана IV от 1558 г. Иван IV установил для «служилых людей» льготный пятилетний срок для выплаты всех существующих долгов, в течение которого долги эти могли быть выплачены без процентов.³¹ При этом царь указал, что если должники заложили свои вотчины с передачей их в пользование кредиторов, вотчины подлежат возврату во владение собственникам-залогодателям, при этом последние не имели права их отчуждать вплоть до полного возврата долга. При этом Указ устанавливал последствия продажи заложенной вещи, переданной во владение залогодателя: если последний, не выплатив долг, продаст, вопреки запрету, заложенную вотчину кому-либо кроме кредитора, долг мог быть взыскан с покупателя заложенной вещи. Если же долг на покупателе «выправить» было нельзя, купленная вотчина подлежала передаче залогодержателю. Покупатель же получал сомнительное утешение в виде возможности взыскивать убытки с продавца заложенной вещи. Можно предположить, что Указ не только официально признал свойство следования залога, но еще и «вбросил» в оборот множество заложенных вотчин, находящихся во владении залогодателей. Это, безусловно, содействовало распространению института: после Указа оговорка «а к (покупателю) тот долг не привести» встречается уже постоянно.

Спорным в истории русского залога можно считать вопрос о том, уничтожало ли установление залога личное требование кредитора о возврате долга. По мнению Л.А. Кассо, по старому русскому праву при установлении залога кредитор не имел права требовать от должника исполнения его обязательства, не мог воздействовать на личность должника: «В наших заемных кабалах залогодатель является обязанным субъектом, но его долг носит тот особенный характер, что эквивалент занятой суммы уже предоставлен кредитору в виде

30 См., например, купчую новгородского Спасского ковалева монастыря: Акты социально-экономической истории Северо-Восточной Руси конца XIV – начала XVI в. Т. 3. М.: Наука, 1964. С. 178.

31 А.А. Зимин полагает, что «эта льгота объяснялась подготовкой к Ливонской войне», начавшейся как раз в январе 1558 г. Зимин А.А. Реформы Ивана Грозного. М.: Издательство социально-экономической литературы, 1960. С. 462.

залога».³² Полагая, что отличительной чертой всех дошедших до нас русских закладных является то, что последствием просрочки залога является приобретение залогодержателем права собственности на заложенную вещь, Л.А. Кассо утверждал, что такое приобретение полностью исчерпывает удовлетворение кредитора, который не может претендовать на что-то еще.³³

В том же ключе высказывался и Л.В. Гантовер, полагавший, что должник, возвращая обеспеченный залогом долг кредитору, тем самым не исполнял лежащую на нем обязанность, а реализовывал свое право на выкуп вещи;³⁴ тем самым ответственность залогодателя распространяется лишь на заложенное имущество.³⁵ Эту мысль подхватили и разработчики Проекта ГУ Российской империи: «как и в древнегерманском праве, должник, удовлетворяя верителя, не исполнял тем самым обязанности, лежавшей на нем в силу принадлежавшего верителю права требования, но лишь осуществлял свое право выкупа».³⁶

Такой подход решительно отвергался В.А. Удинцевым в работе «Подписка в вере (к учению о древнерусском залоге)»: «ни личного требования, ни иска древнерусский залог не исключает. как должник осознавал и признавал наличность обязанности исполнения главного обязательства, так, с другой стороны, кредитор, несмотря на существование залога, прежде всего имел в виду получение данных взаймы денег».³⁷

На основании дошедших до нас закладных можно сделать вывод, что старое русское право залога как минимум не отвергало возможности личного требования к должнику при обеспечении его долга залогом. Например, в закладной (кстати, с двумя совершенными индоссаменентами) 1663 г. указывается, что в том случае, если залогодержатель не захочет присваивать заложенное имущество, должник обязан выплатить долг серебром, не ссылаясь на наличие залога. При этом речь идет о возможности судебного взыскания серебра: «где сия кабала меня застанет, под которым судом ни будь, тут по ней суд и правей и убытки с волокитою на мне, заимщике, а кто с сею кабалою станет, тот по ней истец». как видим, здесь кредитор имеет возможность выбирать между залогом и личным иском даже без попытки предварительного удовлетворения за счет залога.³⁸

32 Кассо Л.А. Указ. соч. С. 211.

33 Там же.

34 Гантовер Л.В. Залоговое право. Объяснения к положениям Главы IV Раздела I проекта Вотчинного устава. СПб, 1890. С. 29.

35 Также см.: Товстолес Н.Н. Сущность залога в историческом развитии по русскому гражданскому праву // Журнал министерства юстиции. 1898. № 8. С. 151.

36 Гражданское уложение. Кн. 3. Вотчинное право: проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 501.

37 Гражданское уложение. Кн. 3. Вотчинное право: проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 501.

38 Архив гостей Панкратьевых. XVII – начала XVIII в. Т.2. М., СПб: Альянс-Архео, 2007. С. 87.

Можно привести достаточно много примеров закладных, оговаривающих последствия недостаточности заложенного имущества для покрытия долга. В таком случае кредитор имел возможность «доправить» недостающее на должнике. Например, в закладной 1648 г. должник закладывает свою пожню и оговаривает, что в том случае, если залог долг «не исцелит», кредитор остальные деньги может получить с заемщика.³⁹ В закладной 1548 г. говорится: если заложенная недвижимость «тех денег не стоит, и нам (кредитору) деньги платить».⁴⁰

В других случаях стоимость заложенного имущества превышала стоимость долга. Тогда залогодатель получал возможность получить с кредитора разницу стоимости заложенной вещи и размера своего долга. Например, по закладной... залогодатель занял сорок рублей под залог своей вотчины, и в случае невозврата долга обязался произвести независимую оценку заложенной недвижимости и по результатам оценки получить с залогодержателя превышение стоимости залога над долгом.⁴¹

Как уже отмечалось, следствием просрочки возврата долга, обеспеченного залогом, чаще всего выступало поступление заложенного имущества в собственность кредитора. Поступление вещи в собственность кредитора вовсе не было «автоматическим». Такой переход совершался записью в книгах Поместного приказа просроченного имения за залогодержателем по ходатайству о том залогодержателя (часто – и залогодателя) или по судебному решению.⁴² Проверка документов в Поместном приказе в некоторых случаях могла занять не один год.⁴³

Менее распространенным было удержание вещи кредитором с возможностью пользования ею. Неразрешенным остается вопрос о существовании в русском праве рассматриваемого периода *distractio pignoris*. Здесь мы сталкиваемся с одним из самых темных мест в истории русского залога. Речь идет о широко известном Указе Ивана Грозного от 1557 г., в котором, в частности, говорится примерно следующее: «Если кто-либо займет деньги на срок под проценты и заложит движимое имущество, но долг вовремя не вернет, залогодержатель должен уведомить должника о том, что если он не вернет долг и проценты, заклад подлежит продаже. Если должник все равно не вернет долг и проценты, заклад подлежит оценке и продаже. С вырученной суммы кредитор получает сумму долга и процентов; излишек возвращается собственнику

39 Заемная закладная кабала Павла Севастьянова сына Опарина // Архив гостей Панкратьевых. Т. 2. С. 64. Аналогичные закладные см. там же: с. 73, с. 77, с. 88.

40 Акты Суздальского Спасо-Евфимьева монастыря 1506-1608 гг. М.: Памятники исторической мысли, 1998. С. 142.

41 Акты, относящиеся до юридического быта древней России. Т. 1. СПб, 1857. С. 182.

42 Шумаков С. Обзор «Грамот коллегии экономии». Вып. 4. М., 1917. С. 24.

43 Записные вотчинные книги Поместного приказа 1626-1657 гг. М.: Древлехранилище, 2010. С. 1306.

вещи, если же вырученной суммы недостаточно, долг остается на залогодателя».

Д.И. Мейер в своей работе по истории русского права залога утверждал, что эта схема слишком сложна для отечественного юридического быта тех времен. По его словам, «мы не находим никаких указаний в источниках на продажу залога, так что предписание ее представляется неслыханным дотоле нововведением. ... Должно думать, что закон Иоаннов встретил сильный отпор в общепринятом воззрении на право залога и остался без действия: по крайней мере, нет нигде следов его применения к жизни».⁴⁴ Ему вторит Л.А. Кассо: «Это место в названном указе вводит до такой степени крупное нововведение, что нужно или считать его загадочным, или признать за ним значение резкого перехода к новому виду залогового удовлетворения по крайней мере в учении о закладе движимости».⁴⁵ Л.А. Кассо при этом отмечает, что поскольку это место встречается в указе 1557 г., а *distractio pignoris* в Литовском Статуте появляется впервые в 1566 г., «вряд ли придется искать объяснение первому появлению у нас залоговой продажи в тех романистических веяниях, которые могли проникнуть в Московское Государство через Литву».

Между тем в Указе 1557 г. нет ничего не только неслыханного, но и нового. Л.А. Кассо сам указывает источник заимствования: это Эклога Льва и константина (глава 2 тит. X). Известно, что не позднее 1262 г. на Руси появились полные переводы таких памятников византийского законодательства, как Эклога, под названием «Главизн премудрых и верных царей Леона и константина», и Прохирон, под именем «Градского закона», которые входили в состав древних сборников, известных под названием кормчих книг. кормчие – своего рода кодексы, включавшие в себя основные памятники церковного и светского права, прежде всего византийские. кормчие были необходимы прежде всего церковным феодалам для церковного управления и суда. При этом, как отмечал Н.М. Карамзин, это собрание законов и правил служило на Руси не только церковным, но и гражданским уложением в случаях, не определенных нашими законами, и дополняло их. Около XIV в. у нас появились, помимо кормчих, особые юридические сборники — «Мерила праведные». Мерило Праведное представляет собой «светский» сборник для княжеского суда, содержащий церковные и светские законы Византии, заимствованные из кормчей, а также древнейшие памятники русского права.

Русское право знает примеры прямого заимствования норм византийского права. Например, в Соборное Уложение из Прохирина были перенесены нормы соседского права: tit. 38 cap. 4, tit. 38 cap. 17, tit. 38 cap. 18 (ст. 277, ст.

44 Мейер Д.И. Указ. соч. С. 290.

45 Кассо Л.А. Указ. соч.

278, ст. 279 гл. X соответственно). Таким образом, в обращении к Эклоге по вопросу о порядке обращения взыскания на заложенное имущество нет ничего необычного. Другое дело, что отыскать примеры применения этих положений на практике действительно нелегко. Это может объясняться, в частности, тем, что Указ говорил о залоге движимых вещей, права на которые не подлежали регистрации, и потому соответствующие закладные просто не хранились в частных и государственных архивах.

Впрочем, некоторые документы прямо или косвенно свидетельствуют о возможности продажи залога кредитором. Например, в 1691 г. рассматривалось дело по иску голландца Ивана Фрея о взыскании ста рублей. В деле приводится закладная, согласно которой в случае неуплаты долга кредитор получает право продать заложенное имущество.⁴⁶ В другой, более ранней, закладной (1571 г.) идет речь о возможности залогодержателя продать предмет залога, выдав залогодателю *hyperocha*.⁴⁷ В закладной, упоминаемой в завещании 1612 г., говорится о том, что если залогодержатель не захочет оставить заклад за собой, заклад подлежит продаже; деньги от продажи покрывают долг, а излишек возвращается жене залогодателя.⁴⁸ На наш взгляд, вопрос о действии в русском праве *distractio pignoris* еще ждет своего исследователя.

Таково в самых общих чертах положение дел в сфере изучения залога в русском праве XV-XVII в. На наш взгляд, эта тема еще может послужить почвой для плодотворных исследований и неожиданных открытий.

46 Историко-юридические акты 16 и 17 вв. Собрал, описал и принес в дар Археографической комиссии член комиссии М.И. Семевский. СПб, 1892. С. 39.

47 Акты Соловецкого монастыря 1479-1571 гг. Л-д. Наука, 1988. С. 243.

48 Акты феодального землевладения и хозяйства. Ч. 2. Изд-во Академии наук СССР. М., 1956. С. 485.

ESSAY ON MORTGAGE IN RUSSIAN LAW IN THE 15TH-16TH CENTURIES

This article gives a general overview of mortgage in Russian law in the 15th-16th centuries. *Antichresis* was the most popular form of mortgage at the time. If the debtor failed to satisfy the debt, title to the property vested with the creditor. Such combination of *antichresis* and *lex commissoria* gave advantage to the creditor. Nevertheless other types of mortgage were also practiced.

Key words:

Antichresis, lex commissoria, mortgage, history of Russian law.

ЧАСТНОЕ ПРАВО

ВОПРОСЫ РЕФОРМИРОВАНИЯ ОБЩИХ ПОЛОЖЕНИЙ РОССИЙСКОГО ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХ

Вступление

Пожалуй, ни один раздел гражданского права не славится такой стабильностью и разработанностью, как общие положения об обязательствах. Учитывая давнюю историю развития большинства институтов обязательственного права, впитавших многовековой опыт развития имущественного оборота, кажется, что эта подотрасль в последнюю очередь нуждается в принципиальных изменениях. И, тем не менее, именно концепция реформирования общих положений российского гражданского законодательства об обязательствах (далее – концепция)¹, занимающая почти две сотни страниц, первой увидела свет среди рабочих документов Совета по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте Российской Федерации.

Даже первый взгляд на многие положения концепции показывает, какие принципиальные задачи стоят перед законодателем. Во-первых, необходимо произвести тонкую настройку хорошо зарекомендовавших себя институтов, очистив их от выявленных в практике неточностей, двусмысленных положений и неудачных формулировок. Во-вторых, в концепции содержатся ответы на многие болезненные вопросы, ставшие камнем преткновения в применении обязательственно-правовых конструкций. В-третьих, и это, возможно, самое ценное в концепции – законодатель обозначает свое стремление интегрироваться в международное правовое пространство, имплементировать положения, давно и прочно вошедшие в цивилистический оборот за рубежом.

¹ Проект Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России // Приложение к ежемесячному юридическому журналу «Хозяйство и право» № 3, 2009.

Нельзя признать, что все эти задачи решаются одинаково удачно. Однако концепция – лишь первый шаг на пути реформы Гражданского кодекса РФ (далее – ГК), за которым должны последовать другие важные шаги и прежде всего – оценка положений концепции юридическим сообществом как в России, так и за ее пределами. Задачей настоящей публикации является ознакомление читателей с некоторыми заметными новеллами, которые ожидают российский имущественный оборот в ближайшем будущем.

Понятие обязательства

Одним из дискуссионных вопросов в российской цивилистической доктрине является юридическая квалификация правоотношений, связанных с обязанностью возврата полученного по недействительной сделке (далее – реституционные правоотношения) и с участием в юридических лицах (далее – корпоративные правоотношения). Данные отношения имеют значительное сходство с обязательствами. Так, они преимущественно носят относительный характер, обеспечивают получение управомоченным от обязанного определенных имущественных благ и пр. Это позволило высшим судебным инстанциям Российской Федерации распространить на реституционные и корпоративные правоотношения действие общих положений об обязательствах.² В то же время в литературе высказывается точка зрения о том, что указанные правоотношения нельзя считать обязательственными.³ Так или иначе, но почва для такой дискуссии заложена в действующем законодательстве, которое оставляет открытым вопрос о юридической квалификации корпоративных и реституционных правоотношений.

В концепции предлагается решение данного вопроса. А именно, ст. 307 ГК, в которой содержится определение понятия обязательства, предлагается дополнить положением о возможности применения общих положений об обязательствах к другим определённым правоотношениям, в частности, реституционным и корпоративным, если иное не предусмотрено ГК и иными законами и не вытекает из существа указанных правоотношений. Если данное предложение будет реализовано в законе, на вопрос о том, являются ли данные правоотношения обязательственными будет дан четкий отрицательный ответ.

2 См., напр.: п. 6 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2005 г. № 102 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 409 Гражданского кодекса Российской Федерации»; Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 февраля 2000 г. № 1066/99.

3 См., напр.: Егоров Н.Д. К вопросу о понятии обязательства // Сб. статей к 55-летию Е.А. Крашенинникова. Ярославль, 2006.

Вместе с тем, такой ход возлагает на разработчиков реформы ГК большую ответственность, ибо от того, насколько адекватно будет описан механизм применения общих положений об обязательствах к реституционным и корпоративным правоотношениям, зависит решение целого ряда актуальных практических проблем. Так, в практике нередко возникает потребность в уступке права требовать возврата исполненного по недействительной сделке (цессии), прекращении данного обязательства новацией или предоставлением отступного, способе исполнения обязательств в рамках корпоративных правоотношений и т.п.

Еще одним заметным изменением, затрагивающим понятие обязательства, является попытка решения проблемы регулирования отношений, складывающихся на этапе, предшествующем заключению гражданско-правового договора (далее – преддоговорные отношения). В настоящее время данные отношения практически не охвачены Гражданским кодексом. Между тем потребность в том, чтобы стороны цивилизованно строили переговорный процесс, не вводя друг друга в бессмысленный расход времени и средств, весьма велика. Неудачность существующего положения усугубляется еще и тем, что ведущие зарубежные правовые порядки весьма успешно решают данную задачу. Вследствие этого возникает весьма болезненный разрыв между представлениями о преддоговорных отношениях российских субъектов гражданского оборота и их зарубежных контрагентов. В концепции намечены лишь общие подходы в решении названной проблемы. А именно, признается возможность возникновения обязательственных правоотношений на преддоговорной стадии в случаях, предусмотренных законом, а также декларируется намерение разработать порядок регулирования названных отношений.

Далее, разработчики концепции заявляют о своем намерении «дать прописку» в ГК такой разновидности отношений, как натуральные обязательства. Данный термин хорошо известен в доктрине гражданского права, но эти отношения до сих пор не получили адекватного отражения в законе. Исходя из этой задачи, предполагается сформулировать следующие правила о натуральных обязательствах:

- а) натуральным признаётся обязательство, по которому требования кредитора не подлежат судебной защите;
- б) основания возникновения натуральных обязательств, а также условия и порядок отказа в судебной защите требований кредиторов по таким обязательствам определяются ГК и другими законами;
- в) в случаях, предусмотренных законом или договором, требованиям кредитора по натуральному обязательству может быть предоставлена судебная защита.

В целом данный подход заслуживает поддержки, т.к. устраняется весьма существенный пробел в регулировании отношений имущественного оборота. к примеру, именно отсутствие соответствующего нормативного материала несколько лет назад вызвало весьма неоднозначную судебную практику по спорам, связанным с биржевыми сделками. Так, фьючерсные сделки воспринимались как разновидность игры, соответственно не снабжались исковой защитой.⁴ Такое неудовлетворительное положение дел потребовало от законодателя внесения специальных изменений в ГК, однако проблема с натуральными обязательствами в целом осталась нерешенной.

Наконец, особое внимание привлекает попытка решить в концепции проблему конкуренции договорного и виндикационного иска. Всякий раз, когда нарушаются права собственника, передавшего свою вещь во временное владение по договору, возникает проблема выбора собственником способа защиты своих прав – виндикационный иск или договорный. Несмотря на то, что эта проблема получила широкое освещение в цивилистической доктрине, в действующем законодательстве нет ее однозначного решения. В концепции предлагается закрепить для данной ситуации приоритет договорного иска. Это решение в целом заслуживает поддержки, т.к. только такой подход позволит наиболее полно защитить интересы обеих сторон договора и учесть те факторы, которые по определению остаются за рамками рассмотрения виндикационного иска.

Исполнение обязательств

Среди изменений, которые предполагается внести в главу, посвященную исполнению обязательств, первостепенное значение имеет закрепление принципа добросовестности при исполнении обязательств. Данный принцип в свою очередь должен быть сформулирован столь широко, чтобы охватить и хорошо известный по советскому законодательству принцип сотрудничества сторон при исполнении обязательств. к сожалению, отказываясь от многих одиозных советских принципов регулирования обязательственных отношений, законодатель изъясил из ГК и принцип сотрудничества при исполнении обязательств. Между тем потребность в нем, равно как и в глобальном принципе добросовестности, весьма велика. Их нормативное закрепление как соответствует нравственным ожиданиям общества, так и способствует формированию цивилизованной деловой практики. Наконец, они позволяют эффективно

4 Определение конституционного суда Российской Федерации от 16 декабря 2002 г. № 282-О «О прекращении производства по делу о проверке конституционности статьи 1062 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой коммерческого акционерного банка «Банк Сосьете Женераль Восток»

минимизировать расходы, связанные с исполнением обязательств, а это особенно актуально в сегодняшнее непростое время.

Продолжая тему расходов, связанных с исполнением обязательства, необходимо упомянуть еще одно общее правило исполнения обязательств, которое должно появиться в ГК: расходы, связанные с исполнением обязательства, относятся на должника, если иное не установлено законом, иными правовыми актами или условиями обязательства или не следует из обычаев делового оборота или иных обычно предъявляемых требований. Несмотря на разумность и даже очевидность такого решения, соответствующая норма в действующем законодательстве отсутствует, и ее появление позволит снять многие проблемы и избежать возникновения споров.

Не столь однозначным выглядит другое предложение разработчиков концепции – установление общей обязанности кредитора принять исполнение обязательства, предложенное за должника третьим лицом. В действующем законодательстве у кредитора такая обязанность возникает лишь в двух случаях: 1) при возложении исполнения должником на третье лицо; 2) при исполнении третьим лицом по собственной инициативе, если третье лицо подвергается опасности утратить право на имущество должника (ст. 313 ГК). Таким образом, в целом и должник, и кредитор контролируют процесс исполнения обязательства. Если же допустить возможность исполнения обязательства третьим лицом по собственной инициативе как общее правило, могут возникнуть существенные проблемы у обеих сторон обязательства. Так, неясно, как должны защищаться интересы кредитора в ситуации, когда исполнение третьего лица оказалось ненадлежащим. Предъявление требований к должнику выглядело бы неоправданным, т.к. последний не возлагал исполнение. Требовать чего-то от третьего лица также невозможно, ибо оно не несет обязанностей перед кредитором. Такое положение невыгодно и для должника, который по идее не освобождается от своей обязанности перед кредитором, но при этом может впасть в просрочку вследствие того, что кредитор принял исполнение от третьего лица вместо того, чтобы принять его от должника. Наконец, интересы должника могут пострадать от того, что общим последствием исполнения третьим лицом является не возникновение у третьего лица регрессных требований в отношении должника, а переход к третьему лицу прав кредитора по обязательству, которое третье лицо исполнило за должника. Такая конструкция может быть использована недобросовестными третьими лицами, стремящимися к доведению должника до банкротства. Эти и иные соображения требуют еще раз критически осмыслить изменения правил исполнения обязательств третьим лицом, предлагаемые в концепции.

Важное значение имеет предложение разработчиков зафиксировать момент, в который считается исполненным денежное обязательство при перечислении безналичных денежных средств. В действующем законодательстве закреплены лишь правила относительно исполнения денежных обязательств путем передачи денег, т.е. вещей, определяемых родовыми признаками. Поскольку денежные средства на банковских счетах являются имущественными правами, к безналичным платежам названные правила неприменимы.⁵ В концепции предлагается зафиксировать тот подход, который получил признание в правоприменительной практике: считать моментом исполнения обязательства при безналичном платеже момент зачисления денежных средств на счет банка (а не кредитора!), в котором у кредитора открыт соответствующий счет. Это позволяет снять с кредитора риск ненадлежащих действий банка должника⁶, а с должника – риск ненадлежащих действий банка кредитора.⁷

Наконец, принципиальным представляется изменение режима обязательств, возникающих из двусторонне-обязывающего договора. В ГК есть правило о том, что в таком договоре может быть установлен режим «встречных обязательств» (ст. 328 ГК). Это предполагает, что одна сторона, не получившая исполнения от другой стороны, может возражать против встречного исполнения (*exceptio non adimpleti contractis*). Однако проблема заключается в том, что в действующем законодательстве режим «встречных обязательств» действует не в любом двусторонне-обязывающем договоре, а только в случаях, когда это специально предусмотрено законом или договором. В концепции предлагается исправить этот недостаток и установить диспозитивное общее правило о том, что одна сторона двусторонне-обязывающего договора не вправе требовать исполнения, не предоставив причитающегося с нее по обязательству другой стороне.

Перемена лиц в обязательстве

Применительно к переходу прав кредитора к другому лицу разработчики концепции ставят задачу решить целый ряд вопросов, по которым уже сформировалась устойчивая правоприменительная практика, однако в отношении которых в законе до сих пор сохраняется двусмысленность или недосказанность.

5 См. подр.: Рассказова Н.Ю. О деньгах и денежных средствах в гражданском праве // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Выпуск 4. М., 2005. С. 162-163.

6 Например, должник дает поручение своему банку отправить денежные средства на счет кредитора, и банк списывает соответствующую сумму, но отправляет ее по иному назначению или вообще не направляет никуда.

7 Например, банк должника перечисляет денежные средства, причитающиеся кредитору, на счет банка кредитора. Банк кредитора же эти средства не зачисляет на счет кредитора.

Так, предлагается прямо закрепить возможность уступки части права требования, если обязательство (т.е. предмет обязательства) делимо.⁸ Для неденежных обязательств формулируется еще одно условие – положение должника в результате частичной уступки не должно стать значительно более обременительным. Такой подход используется в Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 г. (ст. 9.1.4, далее – Принципы УНИДРУА). Однако его безоговорочное заимствование вызывает определенные опасения. В частности, правомерность частичной цессии ставится в зависимость от оценочного критерия «значительно более обременительное» положение должника. Это означает, что судьба цессионной сделки будет зависеть от усмотрения суда в каждом конкретном случае. К сожалению, российская правоприменительная практика не отличается высокой стабильностью. Поэтому решение, предлагаемое в концепции, может негативно отразиться на обороте обязательственных требований, привнеся в него новые судебные риски.

Далее, разработчики намерены включить в ГК положение о возможности уступки будущих требований (т.е. тех, которые еще даже не возникли в момент совершения уступки требования, а не требований с не наступившим сроком исполнения).⁹ Вместе с тем в концепции оставлен открытым вопрос о том, в какой момент такое право считается переданным – в момент совершения цессионной сделки или в момент его возникновения у первоначального кредитора. На наш взгляд, право, которое еще не существует, *eo ipso* не может и перейти к другому лицу. К тому же при ином подходе невозможно обеспечить полноценное правопреемство в обязательственном правоотношении, а значит, защитить интересы должника и третьих лиц.

Пожалуй, самым заметным изменением в правовом регулировании оборота обязательственных требований является то, что оговорка *pactum de non cedendo* по денежным обязательствам должна утратить свою силу в отношении третьих лиц. Дело в том, что в настоящее время уступки, совершенные в противоречии с договорными запретами или ограничениями цессии, являются недействительными (п. 1 ст. 388 ГК). Соответственно, право требования просто не переходит к новому кредитору. Однако в международной практике (в частности, в ст. 9.1.9 Принципов УНИДРУА) принят иной подход – уступка денежного требования, противоречащая *pactum de non cedendo*, действительна, однако должник имеет право взыскать с цедента свои убытки, возникшие вследствие нарушения запрета или ограничения цессии. Аналогичный подход

8 См. п. 5 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.10.2007 № 120 «Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации».

9 См. п. 4 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.10.2007 № 120 «Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации».

закреплен в российском законодательстве применительно к особым случаям уступки, а именно, в рамках договора финансирования под уступку денежного требования (факторинга, ст. 828 ГК). В концепции предлагается распространить такой режим на все сделки уступки денежных требований. По-видимому, разработчики исходят из мысли о том, что в денежных обязательствах значение личности кредитора для должника столь мало, а потребность в интенсификации оборота таких требований столь велика, что следует переступить через принцип *pacta sunt servanda*, дав должнику возможность защитить свои нарушенные права и охраняемые законом интересы.

Заслуживает упоминания попытка разработчиков концепции решить проблему уступки требований в солидарных обязательствах. Дело в том, что солидарный кредитор, получивший исполнение от должника в полном объеме, обязан возместить причитающееся в другим солидарным кредиторам (п. 4 ст. 326 ГК). Если солидарный кредитор недобросовестен, если ему угрожает банкротство, перспективы получения своей части остальными солидарными кредиторами весьма туманны. В ситуации, когда солидарное требование уступается одним из кредиторов постороннему лицу, риски остальных кредиторов могут возрасти. Одним из вариантов решения названной проблемы могло бы стать введение права преимущественного приобретения таких требований другими солидарными кредиторами на условиях, предлагаемых третьему лицу.¹⁰ Однако в концепции отсутствует какое-либо конкретное решение поставленной проблемы.

Наконец, разработчики концепции обозначили проблему оборота обязательственных требований, которая в российском законодательстве вообще не решена: возможность добросовестного приобретения обязательственного требования от неуправомоченного отчуждателя. В настоящее время такие положения действуют лишь в отношении оборота вещей, т.е. телесных объектов (ст. 302 ГК), и к обязательственным требованиям неприменимы. Потребность же в формировании таких правил для бестелесных оборотоспособных ценностей (в частности, прав по обязательствам) весьма велика. Первые шаги в решении этой проблемы законодатель уже сделал, допустив возможность добросовестного приобретения от неуправомоченного отчуждателя доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью (п. 17 ст. 21 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»). Логично было бы продолжить данную политику применительно к иным имущественным правам – обязательственных требований.¹¹

10 См.: Байбак В.В. Обязательственное требование как объект гражданского оборота. М., 2005. С. 91-92.

11 См.: Байбак В.В. Обязательственное требование как объект гражданского оборота. С. 159-181.

В отношении перевода долга заслуживает упоминания предложение внести определенность в вопрос о судьбе обеспечений. А именно, если первоначальный должник освобождается от обязательства, то это освобождение должно распространяться на все предоставленные им залоговые обеспечения, если только он не передает предмет обеспечения новому должнику. Кроме того, по мнению разработчиков концепции, обеспечение исполнения обязательства, предоставленное любым третьим лицом, должно прекращаться, если только такое лицо не согласится отвечать за нового должника. Данные новеллы заслуживают поддержки, ибо являются логичным продолжением принципа акцессорности обеспечительных обязательств.

Также представляется целесообразным еще одно предлагаемое нововведение – допустить возможность дачи кредитором согласия на перевод долга под условием сохранения за первоначальным должником определенной ответственности за исполнение обязательства – солидарной или субсидиарной. Это позволит более эффективно управлять рисками кредитора, которые изменяются при переводе долга.

Ответственность за нарушение обязательств

Прежде всего, обращает на себя внимание попытка разработчиков концепции дать отсутствующее ныне в законе определение того, что следует понимать под «полным возмещением убытков». Следуя подходам, принятым в зарубежной и международной практике, концепция уточняет: полное возмещение убытков означает, что кредитор должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено должником надлежащим образом. По мысли разработчиков концепции, это должно воспрепятствовать попыткам недобросовестных кредиторов получить неосновательное обогащение за счет должника, используя механизм возмещения убытков.

Весьма заметным изменением режима ответственности за нарушение обязательств является введение критерия предвидимости убытков для ограничения ответственности должника. Данный критерий в том или ином виде присутствует во многих правовых порядках и международных актах.¹² В концепции предлагается установить, что должник, допустивший нарушение договорного обязательства, не должен возмещать ущерб, который он не предвидел или не мог разумно предвидеть при заключении договора как вероятное последствие его неисполнения. Данное предложение в целом заслуживает поддержки, од-

12 Ст. 1225 ГК Италии, ст. 1150 ГК Франции, ст. 113 Закона о договорах Китайской Народной Республики, ст. 7.4.4 Принципов УНИДРУА и др.

нако такая формулировка явно недостаточна для полноценного применения критерия предвидимости. В частности, оставлен открытым вопрос о том, что должно оцениваться при применении критерия предвидимости – предвидение должником размера убытков или их типа. Не определено, на ком лежит бремя доказывания (не)предвидимости убытков – на должнике или на кредиторе. Необходимо уточнить, какие параметры должны приниматься во внимание при оценке предвидимости – субъективные представления должника и(или) информация, доступная любому субъекту оборота.¹³ Вместе с тем, в концепции не упоминается условие применения критерия предвидимости, содержащееся во многих иностранных кодексах и международных актах – ответственность должника не может быть ограничена, если он нарушил договор умышленно или по грубой неосторожности.¹⁴ Если рассматривать такое умолчание как нежелание российского законодателя вводить данное условие в ГК, то это заслуживает поддержки, ибо иной подход чреват осложнениями.¹⁵

Весьма важное значение имеет еще одно положение концепции – закрепление общих правил об абстрактном методе определения убытков. к сожалению, в действующем законодательстве абстрактный метод исчисления убытков применяется лишь в виде исключения в отдельных видах обязательств. Например, положения о возмещении разницы между ценой прекращенного договора и средней рыночной ценой закреплены лишь в нормах о договоре поставки (ст. 524 ГК). Между тем значение этих положений, как отмечалось в литературе, выходит далеко за пределы отношений поставки.¹⁶ Поэтому намерение разработчиков концепции придать этому подходу общий характер стоит только приветствовать.

Наконец, необходимо отметить еще одно предложение, направленное на сближение российского гражданского законодательства с международными стандартами. В настоящее время одной из основных проблем при применении такой меры ответственности, как взыскание убытков, является доказывание их точного размера. Если кредитору удастся доказать сам факт наличия убытков, но не получается обосновать их точный размер, суд вынужден отказать в иске полностью. В международной и зарубежной практике эта проблема решается посредством того, что суду в таких ситуациях представляется право самостоятельно определить размер убытков.¹⁷ Аналогичное право предлагается предо-

13 См. подр.: Байбак В.В, Предвидимость убытков как критерий ограничения ответственности за нарушение договора. Вестник Высшего арбитражного суда РФ. № 5. 2009.

14 См., напр: ст. 9:503 Принципов европейского договорного права, ст. 1225 ГК Италии, ст. 1150 ГК Франции.

15 См. подр.: Байбак В.В, Предвидимость убытков как критерий ограничения ответственности за нарушение договора. С. 68-69.

16 Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. книга первая: Общие положения. 2-е изд. М., 2005. С. 655-656.

17 См., напр., п. 3 ст. 7.4.3. Принципов УНИДРУА.

ставить и российским судам, ограничив его принципами разумности, справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению с учетом всех обстоятельств дела. С одной стороны, подобное нововведение позволит защитить кредиторов в целом ряде случаев, когда они действительно нуждаются в защите. С другой стороны, в этом подходе заложена такая доля судебного усмотрения, что степень определенности данной нормы стремится к нулю. Насколько удачно будет складываться практика применения указанного подхода покажет будущее, однако потенциально предлагаемая новелла может принести положительные результаты.

**QUESTIONS REGARDING THE GENERAL REFORM
OF THE RUSSIAN LEGISLATION ON OBLIGATIONS**

This paper addresses major amendments to the general rules of Russian Civil code on obligations. Those amendments were prepared in order to harmonize Russian law of obligations and bring it into compliance with modern legislative standards. Amendments shall affect all major sections of the Russian Civil code relating to the obligations. Namely, the definition of an obligation, the rules specifying the process of performance of the obligations. Massive modifications shall be inserted into the chapter on assignment of rights and debts, providing for totally new rules on assignment of future rights, partial assignment, assignor's warranties to the assignee and the like. Less significant amendments shall be inserted into the rules on responsibility for breach of obligations, however providing for important rules on concrete and abstract damages, definition of the principle of full compensation, liability for breach of monetary obligations.

Key words:

Law of obligations, performance of obligations, assignment, responsibility.

О НЕОБХОДИМОСТИ ИЗМЕНЕНИЯ ГРАЖДАНСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЛИЦ, ОБЯЗАННЫХ ОСУЩЕСТВЛЯТЬ НАДЗОР

1. Стабильность правовой системы является особой ценностью. Законодательная новеллизация применяется в случае, когда другим способом, например, с помощью толкования положений закона не возможно приспособить имеющиеся уже нормы к изменяющимся общественно-экономическим условиям. Нам представляется, что для более эффективной защита интересов потерпевшего, которому причинён вред другим лицом, которое из-за возраста, физического или соматического состояния не может быть признано виновным, необходимо как вмешательство законодателя, так и изменение понимания термина «надзор». Настоящие нормы гражданского законодательства не приспособлены к изменяющемуся общественно-экономическому развитию общества. В доктрине отмечается, что законодательные подходы, корни которых уходят в XIX век, не только не выполняют своих функций, но и становятся анахронизмами, примером чего служит ст. 427 Гражданского кодекса (далее сокращ. ГК).¹ Её содержание почти полностью совпадает с содержанием ст. 142 Обязательственного кодекса (далее сокращ. ОК)², который урегулировал ответственность лиц, обязанных осуществлять надзор. Стоит также вспомнить, что Обязательственный кодекс не имел эквивалента сегодняшней ст. 426 ГК. В результате суд решал дела на основе фактических обстоятельств - действовал ли несовершеннолетний с соответствующим пониманием своих действий и можно ли ему вменить вину.³

1 A. Śmieja, (w:) A. Olejniczak (red.), System Prawa Prywatnego t. VI, Prawo zobowiązań cz. ogólna, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 484.

2 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dn. 27.10.1933 r.- Kodeks zobowiązań, Dz.U Nr 82, poz. 598 ze zm.

3 См. Е. Łętowska, Przyczynienie się małoletniego do wyrządzenia szkody, „Nowe Prawo” 1965, nr 2, s. 136, A. Szpunar, Odpowiedzialność osób zobowiązanych do nadzoru, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1978, s. 63 i nast.

Принятое на основе норм ГК регулирование гражданской ответственности лиц, обязанных осуществлять надзор, вызывает целый ряд вопросов. У потерпевшего могут быть трудности не только с доказыванием наличия основных элементов ответственности, но также и с привлечением к ответственности субъекта, обязанного возместить ущерб. Сомнения вызывает само понятие «надзор».⁴

Анализируя правовые основы ответственности за вред причинённый поднадзорными, следует, прежде всего, указать на ст. 427 ГК. Её положения применяются к детям, которым не исполнилось 13 лет или, несмотря на достижение 13 лет, их психическое развитие находится на таком уровне, что их можно считать невменяемыми (ст. 425 ГК). Если ребёнку исполнилось 13 лет, то он несёт ответственность за свой поступок⁵, в зависимости от фактического состояния, чаще всего в соответствии со ст. 415 ГК. Вместе с ребёнком солидарно могут привлекаться к ответственности и родители также на основании ст. 415 ГК.⁶ Следует иметь в виду, что основой ответственности может быть и ст. 428 ГК, предусматривающая ответственность самого ребёнка, которому не исполнилось 13 лет или, когда его психическое состояние не позволяет считать его виновным.

Правовой основой ответственности может быть также ст. 430 ГК. Ответственность за поднадзорного несёт руководитель организации в случае невыполнения работником (напр., детского сада или школы) обязанности по надзору за несовершеннолетним, которому не исполнилось 13 лет, или который был признан невменяемым. Ст. 430 ГК является основанием ответственности соответствующей единицы территориального самоуправления, которая осуществляет управление публичной школой в случае, когда ученик или дошкольник причинил вред во время своего пребывания на территории школы или детского сада.⁷ В похожей ситуации применяется и ст. 429 ГК, т.е. ответственность организации за ущерб при выборе преподавателя, когда несовершеннолетние находятся в детском саду или школе, был передан для обучения внештатному работнику организации (напр., учитель иностранного языка, который ведёт уроки в определённое время на основе гражданско-правового договора с детским садом).

4 См. J. Słyk, *Współzależność między odpowiedzialnością cywilną za wyrządzoną szkodę przez dziecko a obowiązkiem rodziców jego wychowania*, (w:) S. Bębas, E. Jasiuk (red.) *Prawne, administracyjne i etyczne aspekty wychowania w rodzinie*, t. I, Wyższa Szkoła Handlowa w Radomiu, Radom 2011, s. 267, A. Śmieja, (w:) A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. VI, ...s. 466 i lit. tam powołana.

5 Однако условием является действие несовершеннолетнего с надлежащим пониманием, т.е. возможность вменить вину непосредственному исполнителю вреда. В случае подтверждения невменяемости несовершеннолетнего, он освобождается от ответственности (ст. 426 ГК), Ответственность будут нести лица, обязанные осуществлять надзор, в зависимости от фактического состояния, чаще всего на основе ст. 427 ГК.

6 См. uchwała SN z dn. 26.6.1959 r., I CO 18/59, OSNCK 1960, nr 3, poz. 80, wyrok SN z dn. 27.1.1971 r., III CRN 448/70, Lex 6863.

7 См. art. 5 ust. 2 ustawy z dn. 7.9.1991 r., o systemie oświaty, tekst jedn. Dz.U. z 2004 r., Nr 256, poz. 2572 ze zm.

2. Ст. 427 ГК определяет ответственность лиц, обязанных осуществлять надзор, за вред причинённый несовершеннолетними в возрасте до 13 лет вред или поднадзорными невменяемыми лицами. Лица, обязанные осуществлять надзор, несут ответственность, если имеются в наличии следующие предпосылки:

- 1) наличие вреда, причиненного поднадзорным лицом, которое нельзя признать виновным;
- 2) вытекающая из закона или договора обязанность по осуществлению надзора за причинителем вреда, которого из-за возраста или психического состояния нельзя признать виновным; это может быть также осуществление постоянного попечения над ребёнком (невменяемым) без законного или договорного основания;
- 3) вина в надзоре, ненадлежащее осуществление надзора;
- 4) причинная связь между ненадлежащим осуществлением надзора и причинённым вредом; здесь появляются каузальные связи: между исполнением своих обязанностей и причинённым вредом, а также между отсутствием надлежащего надзора и вредом.⁸

Для защиты потерпевшего используются две презумпции, установленные в законе:

- 1) вины в надзоре;
- 2) причинной связи между ненадлежащим осуществлением надзора и причинённым вредом.

Данные презумпции улучшают процессуальное положение потерпевшего. Потерпевший должен доказать размер причинённого вреда, а также указать на законную или договорную обязанность по надзору за несовершеннолетним, что в случае с родителями причинителя вреда не вызывает никаких проблем. В случае двойного каузального отношения потерпевший обязан доказать причинную связь между исполнением надзирающим лицом своих обязанностей и причинённым вредом. В свою очередь надзирающий, чтобы избежать ответственности, должен доказать, что у него не было никакой вины в надзоре. Этому способствует категория «надлежащей заботливости» (ст. 355 ГК). Стоит подчеркнуть, что здесь трудно найти общий критерий надлежащей заботливости, который может быть применим в каждом отдельном случае. Всё зависит от конкретного лица, подлежащего надзору, черт его характера, послушания, а также возможностей надзирающего.⁹

8 M. Safjan, (w:) K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. I, C.H. Beck, Warszawa 2002, s. 960.

9 L. Bełza, Odpowiedzialność za zobowiązanie do nadzoru i nadzorowanego, „Monitor Prawniczy” 1994, nr 3, s. 73.

Следует также обратить внимание на конструкцию ответственности за чужое деяние. Непосредственным причинителем вреда является несовершеннолетний или лицо, действующее без надлежащего понимания последствий своих действий. Одновременно появляется лицо, ответственное за причинение вреда – лицо, осуществляющее надзор, которое несёт ответственность за свои собственные действия – за отсутствие надлежащей заботливости при осуществлении надзора. В соответствии со ст. 427 ГК ответственность за несовершеннолетних детей будут нести родители. Они будут также отвечать за детей, которым исполнилось 13 лет, но в момент причинения вреда они не осознавали последствия своих действий. То же самое следует сказать и об ответственности за действия невменяемых детей (ст. 425 ГК). Родители будут нести ответственность также в случае, когда несовершеннолетний (в возрасте от 13 до 18 лет) в момент причинения вреда находился в состоянии, исключающем им принятие сознательного решения или волеизъявления.

Определенные проблемы возникают в случае ограничения родительской власти одного из родителей. В доктрине подчёркивается, что ст. 427 ГК касается лиц, которые осуществляют надзор за лицами в момент причинения ими вреда. При этом всегда следует учитывать фактическое положение лиц, осуществляющих надзор, в момент, когда был причинён вред.¹⁰ Судебное решение о лишении родительских прав одного из родителей и запрет личного контакта с ребёнком устраняет этого родителя от ответственности за причинённый ребёнком вред. Родитель, чья родительская власть приостановлена, также не несёт ответственности. Также биологические родители не возмещают ущерба, если их дети находятся в приёмной семье или воспитательно-опекунском учреждении.¹¹

Если родители передали опеку над ребёнком другому лицу на основе договора, тогда это лицо несёт ответственность на основе ст. 427 ГК. Договор об опеке не требует квалифицированной формы. В случае передачи ребёнка под попечительство опекуну и причинения вреда ребёнком, ответственность несёт опекун. Родители должны доказать, что в этот момент они не могут нести ответственности, так как согласно договору, ребёнок находился под попечительством опекуна.

Лицом, ответственным за причиненный ребёнком вред, в соответствии со ст. 427 ГК может быть также фактический опекун, т.е. лицо, которое без установленной законом или договором обязанности осуществляет надзор

10 M. Safjan (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Komentarz...*, s. 958.

11 См. Шипе: A. Szpunar, *Odpowiedzialność osób...*, Warszawa 1978, s. 86 i nast., G. Bieniek (w:) G. Bieniek (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia, zobowiązania, t. I*, wyd. 10, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 484, J. Strzebińczyk, (w:) T. Smyczyński (red.), *System Prawa Prywatnego. T. XII. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 320-321.

за ребенком. Часто такое положение складывается, когда внебрачный сожитель опекуна опекает ребёнка. Фактическим опекуном может быть также лицо, которое без судебного решения осуществляет надзор за неспособным понимать значение своих действий или руководить ими лицом, напр., дети опекают пожилых больных родителей или старшие братья и сёстры опекают невменяемых. Закон требует постоянного осуществления попечительства, это не могут быть единовременные действия.

Следует подчеркнуть, что положения ст. 427 ГК применяются исключительно к физическим лицам.¹² Если лицо состоит в трудовых отношениях, его ответственность исключается согласно ст. 120 ГК.¹³ Ответственность за вред несёт работодатель в соответствии со ст. 430 ГК. Единицы территориального самоуправления (в случае вреда причинённого учеником публичной школы, воспитанником детского дома или дошкольником) будут нести ответственность за ребенка согласно ст. 430 ГК в связи со ст. 427 ГК.

Может показаться, что конструкция ст. 427 ГК (прежде всего установленные презумпции) были сформулированы так, чтобы надлежащим образом защитить права потерпевшего. Однако на практике так не всегда бывает. Родители не несут ответственности в случае, когда поведение ребёнка в момент причинения вреда является эмоциональной реакцией на стрессовую домашнюю обстановку и ребёнок в тот момент не был под опекой родителей.

Следует обратить внимание на результаты исследований, представленные Я. Слыка¹⁴, которые однозначно указывают на влияние правильного облика родителей на поведение ребёнка и правильное формирование его облика. Поведение ребёнка обусловлено наследственными, генетическими и социально-общественными факторами. Патологии в семье: алкоголизм, разводы и т.п. вызывают у детей агрессию, антиобщественное и асоциальное поведение, непослушание, ложь, воровство. Такое поведение у ребёнка вызывает отталкивающий облик родителей или недостаток воспитания в случае развода родителей. Агрессия у ребёнка появляется также в случае распада эмоциональной связи с родителями. Привлекают внимание результаты исследований о влиянии совместной жизни родителей на воспитание детей. 100% исследуемых детей с проблемами в воспитании происходит из семей, в которых брак был расторгнут или они воспитывались одним из родителей.¹⁵ Для решения проблемы

12 Tak A. Śmieja (w:) A. Olejniczak (red.) System..., s. 453

13 Ustawa z dn. 26.6.1974 r., Kodeks pracy, tekst jedn. Dz.U. z 1998 r., Nr 21, poz. 94 ze zm.

14 J. Słyk, Psychologiczne uwarunkowania zachowań dzieci wyrządzających szkodę a odpowiedzialność rodziców z tytułu nadzoru nad nimi, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2008, nr 8.1, s. 167 i nast., także Przystępczość nieletnich w świetle badań akt spraw sądowych a problem odpowiedzialności rodziców za szkody wyrządzone przez ich dzieci, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2008, nr 8.2, s. 263 i nast.

15 J. Słyk, Psychologiczne uwarunkowania..., s. 184, исследования М. Ziemskiej, Postawy rodzicielskie i ich wpływ na osobowość dziecka, (w:) М. Ziemska (red.), Rodzina i dziecko, Warszawa 1986, s. 86.

гражданской ответственности родителей – лиц осуществляющих надзор за ребёнком, такие исследования не должны остаться без внимания при толковании действующей ст. 427 ГК. Следует задуматься над тем, является ли правильным доктринальное предложение, чтобы понятие надзора, о котором речь в ст. 427 ГК, толковалось весьма широко и охватывало также воспитание ребёнка и осуществление родительской власти. Является ли столь широкое толкование понятия «надзор» в судебной практике соответствующей реакцией на возникающие в семье проблемы, которые, несомненно, касаются всё большего количества семей? Из проведённых исследований вытекает, что существует тесная связь между агрессией детей и неправильным поведением родителей. На практике с целью защиты прав потерпевшего, наиболее правильным подходом является введение строгой ответственности родителей с помощью применения широкого толкования понятия «надзор».

В доктрине понимание понятия «надзор» вызывает споры. Появляются попытки толкования этого термина на основе положений Семейного и опекунского кодекса, в которых речь идёт о родительской власти.¹⁶ Существуют два мнения. Первое основано на узком понимании надзора, сторонниками которого являются Э. Лентовска¹⁷, А. Шпунар¹⁸, М. Сафьян¹⁹, Т. Соколовски.²⁰ В особенности последний из авторов утверждает, что проявляющаяся взаимозависимость между воспитанием и поведением ребёнка слишком трудно заметны, чтобы в типичном случае было возможным установление причинно-следственной связи между воспитанием ребёнка и его поведением.²¹ А. Шпунар обосновывает узкое понимание понятия «надзор». Он ссылается на законодательство других европейских стран, где только во французском законодательстве надзор определяется в широком смысле.²² Трудности доказывания отсутствия вины родителей при осуществлении надзора, приводят к тому, что презумпция вины в надзоре по ст. 427 ГК на практике переходит в неоспоримую презумпцию. Широкое понимание надзора не может касаться лиц психически недоразвитых – здесь мы не можем говорить о воспитании. Следует различать и ситуации, связанные с надзором за несовершеннолетними лицами и лицами, которых нельзя считать виновными из-за психического состояния.²³

16 J. Stryk, *Odpowiedzialność cywilna rodziców za szkodę wyrządzoną przez ich dziecko* (w:) M. Kosek, J. Stryk (red.), *W trosce o rodzinę. Księga pamiątkowa ku czci Prof. W. Stojanowskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 279 i nast.

17 E. Lętowska, *Przyczynienie się małoletniego...*, s. 138.

18 A. Szpunar, *Odpowiedzialność osób...*, s. 123.

19 M. Safjan, (w:) K. Pietrzykowski (red.) *Kodeks cywilny...*, s. 960, zob. też W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 253.

20 T. Sokółowski, *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. A. Mickiewicza w Poznaniu, Poznań 1987, s. 92.

21 Там же, с. 92.

22 На тему решений принятых во Франции: см. M. Marcinkowski, *Objektywizacja odpowiedzialności deliktowej małoletnich we Francji i w Polsce*, PiP 1999, nr 8, s. 80 i nast.

23 A. Szpunar, *Odpowiedzialność osób...*, s. 123-125.

Второе, противоположное мнение, основано на том, что в объёме понятия «надзор» по ст. 427 ГК следует включить также действия воспитательного характера. Сторонниками такого мнения являются: А. Щмея²⁴, Е. Слык²⁵, М. Рафач-кржижановска²⁶, Г. Бенек²⁷ и Я. Виняж.²⁸ А. Щмея в своем исследовании утверждает, что грамматическое толкование данной статьи не приводит к разрешению противоречия. Автор ссылается на цель положения ст. 427 ГК. Целью статьи является обеспечение достаточной охраны интересов третьих лиц от угрозы причинения вреда несовершеннолетними. Лицо, осуществляющее надзор, обязано принять все меры для того, чтобы обеспечить достаточный контроль за поведением подопечного. Являлся ли контроль достаточным, решают реалии жизни, а не семантические споры. Надзор в узком понимании этого слова и воспитание имеют много общих элементов, что приводит к тому, что мы зачастую не можем разграничить этих понятий. В итоге автор приходит к выводу, что нереальным²⁹ является отрыв воспитания от содержания ст. 427 ГК. Разделяя аргументацию автора, следует указать на то, что родители не осуществляют непосредственного попечения над ребёнком, которому исполнился определённый возраст – около 10 лет, постоянное осуществление надзора здесь невозможно. Единственным воздействием являются воспитательные меры. Сторонники такого узкого понимания понятия надзора противостоят практически неопровержимой презумпции, действующей не в пользу родителей, если надзор будет пониматься в широком смысле. Однако мы можем прийти к выводу о том, что родители могут слишком легко уклониться от ответственности в соответствии со ст. 427 ГК при узком понимании надзора. Будет достаточным, если они укажут на то, что с ребёнком раньше не было никаких проблем. Достижение ребёнком 11 или 12 лет означает, что его уже не надо вести за руку и беречь как зеницу ока. Презумпция вины в надзоре, таким образом, опровергается. Совсем по-другому выглядит положение потерпевшего при широком толковании понятия «надзор». Родители, чтобы опровергнуть презумпцию, будут вынуждены доказывать, что правильно и аккуратно воспитывали ребёнка. Широкое толкование понятия «надзор» без необходимости вмешательства законодателя улучшит положение потерпевших.

24 A. Śmieja, (w:) A. Olejniczak (red.) System..., s. 485.

25 J. Słyk, Odpowiedzialność cywilna..., s. 281-282.

26 M. Rafacz-Krzyżanowska, W sprawie materialnej odpowiedzialności rodziców, „Nowe Prawo” 1959, nr 7, s. 895.

27 G. Bieniek, (w:) G. Bieniek (red.), Komentarz do KC, ks. III, t. I., LexisNexis, Warszawa 2002, s. 333.

28 J. Winiarz, Odpowiedzialność cywilna z tytułu nadzoru nad dzieckiem, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973, s. 21, который признаёт, что «Надзор за лицом – это не только в общем понимаемое наблюдение за лицом и его поведением, но также присмотр, который должен не допускать того, чтобы поднадзорный не причинил никому вреда», в другом месте (с. 22) «Невозможно поставить знак равенства между понятием надзора (попечительства) и понятием воспитания, однако – с точки зрения общественной цели надзора за несовершеннолетним – эти два понятия хотя бы частично служат одной и той же цели, т.е. предупреждению, чтобы подопечный не причинил вреда».

29 A. Śmieja, (w:) A. Olejniczak (red.), System..., s. 469.

Проф. Щмея считает, что критерий надлежащего отношения к своим обязанностям не может быть установлен на нереальном уровне и не может быть оторван от действительности. Презумпция, вытекающая из ст. 427 ГК, чтобы она не превратилась в презумпцию на практике неопровержимую, должна относиться к упущениям в воспитании, которые должны обладать степенью вероятности, учитывая все обстоятельства причинения вреда несовершеннолетним.³⁰ В таком контексте высказывается также Г. Бенек, считая, что родители должны совершать такие действия, которые в данных материальных, семейных и социальных условиях являются возможными.³¹ В свете представленных Е. Слыком исследований, обоснованным мнением, нам представляется, то, что причинение вреда ребёнком (виновное поведение которого связано с агрессией, вызванной разводом родителей, отторжением ребёнка родителями, алкоголизмом родителей) должно презюмироваться в соответствии со ст. 427 ГК. Упомянутые эмпирические исследования указывают на сильные причинно-следственные связи между разводом и неправильным формированием ребёнка. Родители могли бы избежать ответственности, предпринимая меры, целью которых являлось бы оказание помощи ребёнку. Родители должны обладать необходимыми знаниями о влиянии патологических ситуаций на поведение ребёнка.

Судебные подходы к толкованию понятия «надзор» неоднозначны. Ни в одном из судебных решений не говорится прямо, что надзор охватывает также родительскую власть, что недосмотр в этой области равнозначен отсутствию надлежащей заботливости при осуществлении надзора. Мы можем констатировать, что с точки зрения судебной практики понятие «воспитание» входит в понятие «надзор». Примером может послужить акт Апелляционного суда в Познани от 21 февраля 2007 г.³², в котором суд сослался на цели и функции надзора родителей согласно ст. 427 ГК, посчитав, что обязанность родителей по надзору за несовершеннолетним представляет собой проявление надлежащей заботливости и предупреждение причинения вреда и, что эти цели не были родителями достигнуты. Верховный суд в своем акте от 2 декабря 1982 г.³³, рассматривая возможность признания вины родителей и на этом основании снизить для ребёнка размер возмещения ущерба, сослался на семейные связи родителей и детей, общее хозяйство, а также обязанности родителей в удовлетворении материальных нужд и воспитании детей. Вполне обоснованным является вывод о том, что ненадлежащее воспитание родителями несовершеннолетних детей при причинении ими вреда, равнозначно по своим

30 Там же, с. 485

31 G. Bieniek, (w:) G. Bieniek (red.), *Komentarz...*, s. 486.

32 I ACa 1146/06, Lex 446225.

33 IV CR 484/82, OSP 1984, nr 1, poz.4.

последствиям случаю, когда сам потерпевший своими действиями способствовал причинению себе вреда (см. ст. 362 ГК).

На практике во многих случаях оказалось, что предъявление требований потерпевшими весьма затруднено. Сейчас в доктрине указывается на то, что существующие судебные решения в отношении лиц, осуществляющих надзор за несовершеннолетними, порождают многие проблемы и не обеспечивают надлежащей защиты потерпевшего. Ст. 428 ГК является мёртвым законом.³⁴ Причиной такого состояния является отсутствие имущества у несовершеннолетнего.

Неясным является вопрос: как учитывать вменяемость лиц между 13-18 годом жизни? Должен ли суд по каждому делу с участием лиц в возрасте 13-18 лет исследовать вменяемость причинителя вреда и возможность привлечения его к ответственности?³⁵ Возникает проблема - является ли несовершеннолетний в таком возрасте вменяемым, и тогда нужно доказать, что он действовал разумно, что позволит обеспечить интересы потерпевшего и ужесточить ответственность родителей (попечителей)? Действовал ли несовершеннолетний осознанно и всегда ли он отвечает за причинённый вред? В этом случае следует доказать противоположное,³⁶ что ухудшает положение потерпевшего из-за отсутствия имущества у причинителя вреда.³⁷ Если законоположение не вводит презумпции невменяемости лиц между 13 и 18 годами жизни и деликтная способность появляется после достижения 13 лет, тогда обоснованным является утверждение, что после достижения этого возраста несовершеннолетний является вменяемым и может нести ответственность за свои поступки. Невменяемость надо доказать в ходе процесса. Такой подход ухудшает положение потерпевшего. В пользу потерпевшего присуждается возмещение ущерба, но если денежная сумма не будет добровольно уплачена причинителем вреда, его родителями или попечителями, то у потерпевшего отсутствует возможность принудительного удовлетворения притязания.

Проблема несостоятельности причинителя вреда, который сам несёт ответственность за свои поступки, весьма серьёзная. Это касается также лиц, которым исполнилось 18 лет и связано с социально-общественными и учебно-воспитательными условиями. Молодёжь учится, не работает, не получает доходов и находится на содержании у родителей. До момента завершения учёбы и трудоустройства нет возможности принудительного удовлетворения

34 A. Śmieja, (w:) A. Olejniczak (red.) System..., s. 451.

35 E. Łętowska, Przyczynienie się małoletniego..., s. 137.

36 Zob. A. Szpunar, Odpowiedzialność osób..., s. 66 i nast. oraz lit. tam cyt.

37 Следует подчеркнуть, что родители могут солидарно отвечать вместе со своим ребёнком, которому исполнилось 13 лет, если они признаны виновными. В доктрине и судебной практике считается, что достижение ребёнком 13 лет не освобождает родителей (попечителей) от ответственности, см. uchwała SN z dn. 26.6.1959 r., I CO 18/59, OSNCK 1960, nr 3, poz. 80, A. Śmieja, (w:) A. Olejniczak (red.) System..., s. 459-450.

притязания. Надо создать эффективные инструменты, чтобы потерпевший, которому вследствие незаконного действия причинён физический и психический вред, смог получить средства на лечение и содержание.

3. Достижение ребёнком 13 лет и приобретение деликтоспособности не означает, что лица, осуществляющие за ним надзор, освобождаются от ответственности. В такой случае ответственность родителей основывается на положениях ст. 415 ГК. Обстоятельства, которые должен доказать потерпевший – это наличие вреда, вины родителей, а также наличие причинно-следственной связи между виновным поведением родителей и причиненным вредом. Можем постулировать - для доказывания вины достаточным является отсутствие предупредительных мер, которые должен принять родитель в случае, когда ребёнок ранее уже проявлял агрессию по отношению к другим лицам.

Ст. 415 ГК, как основание ответственности несовершеннолетнего за причинённый вред, по сравнению со ст. 427 ГК является менее суровой для причинителя вреда. Прежде всего, благодаря отсутствию презумпций, установленных в ст. 427 ГК.

Стоит обратить внимание на то, что вменение вины родителям не может привести к освобождению от ответственности ребёнка, которому исполнилось 13 лет. Апелляционный суд в катовицах в своем акте от 5 июля 1996 г.³⁸ констатировал, что потерпевший (когда ответственности основана на ст. 415 ГК) должен доказать вину лица, осуществляющего надзор. Суд подчеркнул, что необходимо доказать конкретные упущения в осуществлении надзора, которые находятся в причинной связи с причиненным вредом. На практике это будут только случаи явных упущений. Однако нельзя требовать, чтобы 14-летний сын мог гулять во дворе только под присмотром взрослого. Одновременно Апелляционный суд смягчил взгляд на обязанность родителей по осуществлению надзора, констатируя, что нет надобности в осуществлении непосредственного надзора за лицом, которому исполнилось 13 лет.³⁹

Несовершеннолетний, которому исполнилось 13 лет, будет нести ответственность за свои деяния солидарно с родителями (ст. 441 ГК). Солидарная ответственность улучшает положение потерпевшего.

На практике чаще всего вред причиняется детьми старше 13 лет. Ст. 415 ГК применяется чаще, чем ст. 427 ГК, с целью облегчения процессуального положения потерпевшего. Действующие законоположения не охраняют надлежащим образом потерпевшего и требуют соответствующих изменений. По-

38 I ACr 377/96, Wokanda 1997, nr 11, s. 32 c одобряющим глоссарием М. Walasik, „Przeegląd Sądowy” 2002, nr 3, s. 152.

39 Раньше такое мнение высказал Верховный суд в приговорах от 8.2.1977 г., IV CR 8/77, Lex 7909 oraz z dn. 24.9.1971 г., II CR 375/71, Lex 6991.

терпевший в судебном процессе обязан доказать наличие всех необходимых условия для наступления ответственности, что в отношении к доказывания наличия вины может быть особенно трудным, так как по требованию юдикатуры, потерпевший должен доказать конкретные упущения при осуществлении надзора.

4. В случае, когда лицу вследствие психического состояния и возраста нельзя вменить вину, когда оно в момент причинения вреда находилось в детском саду, школе, опекуноско-воспитательном учреждении, ответственность несёт единица территориального самоуправления, которой подчинена публичная школа, организационная единица, юридическое лицо, которое ведёт непубличную школу согласно ст. 430 ГК в связи со ст. 427 ГК.

Положения ст. 430 ГК предусматривают ответственность на основании риска. Непосредственным причинителем вреда является подчинённый, лицо, которое в своей работе, должно соблюдать указания доверителя. Доверителем не является непосредственно руководитель. Это широкое понятие. Им может быть и юридическое лицо. В случае причинения вреда поднадзорным, потерпевший должен указать на следующие обстоятельства:

- 1) факт поручения осуществления надзора лицу, подчинённому руководителю доверителя;
- 2) вина подчинённого в осуществлении надзора за малолетним или лицом, не понимающим значение своих действий;
- 3) наличие вреда;
- 4) адекватная причинная связь между поведением подчинённого и причинённым вредом.

В доктрине и судебной практике считается, что положения ст. 430 и 427 ГК не исключают друг друга.⁴⁰ В случае вреда, причинённого малолетним или лицом, не понимающим значение своих действий, понятие «вины» включает в себя и ненадлежащее осуществление надзора (напр., уход из школьного коридора дежурного учителя⁴¹).

40 A. Szpunar, *Odpowiedzialność osób...*, s. 141, G. Bieniek, (w:) G. Bieniek (red.), *Komentarz...*, s. 427, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dn. 25.6.2008 r., A. Szpunar, *Odpowiedzialność osób...*, s. 141, G. Bieniek, (w:) G. Bieniek (red.), *Komentarz...*, s. 427, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dn. 25.6.2008 r., I ACa 333/08, Lex 469962, wyrok SN z dn. 16.10.1970 r., I CR 444/70, OSPiKA 1972, nr 4, poz. 70 (dot. art. 417 kc. przed nowelizacją kc.).

41 См. wyrok SN z dn. 13.5.2004 r., II UK 371/03, OSNP 2004, nr 24, poz. 427 в котором суд констатировал, что школа отвечает за ущерб, причинённый учителю вследствие отсутствия безопасных условий работы. Фактически вред был причинён учеником учителю (учительнице был причинен вред дверью в ванную) во время перемены между уроками. Дежурная учительница покинула коридор, не поставив никого об этом в известность.

Факт поручения осуществления действий, а также выполнение требований доверителя вытекают чаще всего из трудовых отношений. Непосредственный исполнитель находится в трудовых отношениях с доверителем. Стоит обратить внимание на конструкцию ответственности по ст. 430 ГК в связи со ст. 427 ГК. Непосредственным причинителем вреда является малолетний, который из-за возраста или психического состояния не может быть признан виновным. Одновременно причинителем вреда является также лицо, осуществляющее надзор. Здесь мы можем говорить о презумпции невиновности. Ответственность будет нести доверитель, субъект, который не «участвует» непосредственно в причинении вреда. Согласно ст. 430 ГК, он не может избежать ответственности, утверждая, что тщательно выбирал исполнителя и поручил действия профессионалу.

Принимая широкое понимание понятия «надзор» согласно ст. 427 ГК, следует признать ответственность родителей за причинённый ребёнком вред во время его пребывания в школе, несмотря на то, что в это время они непосредственно не опекают ребёнка. Если поведение (агрессивное) ребёнка является реакцией на семейные проблемы, тогда ответственность несут также и родители по ст. 427 ГК. По ст. 441 ГК солидарно отвечают родители и субъект, который осуществляет непосредственный надзор за ребёнком в момент причинения им вреда. Вызывает сомнение девиантное поведение ребёнка, связанное с семейными проблемами. Не всякое девиантное поведение связано с обстановкой в семье. Следующая проблема - это определение степени вины родителей и школы (детского сада), что представляется весьма важным в случае регрессных притязаний. Не находит должного обоснования установление равной ответственности родителей и учреждения, тем более, что родители не всегда информируют школу о семейных проблемах и не просят обратить особое внимание на их ребёнка.

5. Другим положением закона, в соответствии с которым наступает ответственность малолетнего или лица, не понимающего значение своих действий из-за психического или соматического состояния, является ст. 429 ГК. Эта норма предусматривает ответственность за вину в выборе. Доверитель поручает осуществление действий другому самостоятельному субъекту, который непосредственно не подчиняется доверителю. Положение применяется, когда исполнитель совершает действия на основе договора поручения, авторского договора, другого договора на выполнение услуг.

Предпосылки ответственности согласно ст. 429 ГК следующие:

- 1) передача полномочий для самостоятельного совершения действия другому лицу;
- 2) вред, причинённый при исполнении поручения;

- 3) адекватная причинная связь между виновным поведением причинителя и вредом.

Положения ст. 429 ГК основаны на принципе вины, однако поведение исполнителя (в нашем случае осуществляющего надзор) не должно быть виновным. Одновременно в ст. 429 ГК содержится презумпция виновности в выборе. Доверитель может избежать ответственности, указав на то, что с надлежащей заботливостью выбирал исполнителя (напр., проверил его компетенции, образование) или поручил исполнение субъекту, профессионально занимающемуся совершением таких действий. Если доверитель не несет ответственности, тогда потерпевший может требовать возмещения ущерба непосредственно у самостоятельного исполнителя. Однако возникнет проблема в связи с основанием ответственности. Здесь могут применяться положения ст. 415 ГК или ст. 427 ГК. Положения ст. 427 будут основанием ответственности, если будет доказано, что самостоятельный исполнитель постоянно осуществлял надзор за малолетним или факт передачи надзора вытекает из договора (напр., родителей с лицом, ведущим занятия по иностранному языку в детсаде, не являющимся работником детского сада). Если такое обстоятельство не будет доказано, тогда основанием ответственности будет ст. 415 ГК.

Обращает на себя внимание факт, что в случае вреда причинённого малолетним до 13 лет или лицом, не понимающим значение своих действий, в момент, когда причинитель вреда находится под попечительством самостоятельного исполнителя, не требуется вина надзирающего. Презумпция вины в надзоре в ст. 427 ГК не действует, если в ст. 429 ГК не требуется вина самостоятельного исполнителя действия.

6. В случае отсутствия лица, обязанного надзирать и возможности возмещения ущерба (полностью или частично), потерпевший может требовать возмещения вреда у несовершеннолетнего в возрасте до 13 лет или у невменяемого лица в соответствии со ст. 428 ГК. Эта ответственность основана на принципе справедливости. Морально-нравственные предпосылки должны повлиять на присуждение потерпевшему возмещения причиненного вреда. Прежде всего, суд будет сравнивать имущественное состояние причинителя вреда и потерпевшего. Здесь опять возникает проблема имущественной несостоятельности причинителя вреда, что может привести к тому, что причинённый вред не будет возмещён.

Ответственность за причинённый вред лица, которое из-за возраста или психического состояния не может быть признано виновным, является сложной проблемой. В Гражданском кодексе существует несколько возможных оснований для наступления ответственности. В доктрине появляются мнения о необходимости изменения действующих правовых норм. Они касаются, прежде

всего, необходимости изменения ст. 427, повышения границы возраста лица, за которое несут ответственность надзирающие. На практике чаще всего вред причиняют лица, которым уже исполнилось 13 лет. Предъявление требований потерпевшим осложняется из-за необходимости доказывания вины попечителей, лицам, осуществлявшим надзор. Важным фактором является также невозможность получения удовлетворения от непосредственного причинителя вреда из-за его имущественной несостоятельности.

Несомненно, интересы потерпевшего охранялись бы лучше, если бы основанием ответственности родителей (попечителей) всегда была ст. 427 ГК или, в случае достижения лицом 13 лет, потерпевший мог ссылаться на презумпции, существующие в ст. 427 ГК.⁴² Это улучшило бы положение потерпевшего. Надо также задуматься над обоснованностью введения ответственности, основанной на принципе риска.⁴³ Реформирование законодательства заключается в приспособлении положений действующего закона к изменяющимся социально-экономическим и цивилизационным условиям. Изменение содержания положения закона является крайней мерой и должно иметь место тогда, когда невозможно приспособить существующие нормы к изменяющимся общественным отношениям путём изменения их толкования. Проблема ответственности за причинённый вред имеет много неясностей и сомнений. Мы не можем ограничиться только изменением толкования ст. 427 ГК, в особенности с помощью отхода от дословного толкования понятия «надзор». С целью лучшей защиты потерпевшего следует ввести единую основу ответственности лиц осуществляющих надзор, а также ввести ответственность за вред, причинённый ребёнком вследствие ошибок в его воспитании.

42 J. Słyk, *Współzależność między odpowiedzialnością...*, (w:) S. Bębas, E. Jasiuk (red.) *Prawne, administracyjne...*, s. 267.

43 Такие постулаты были предложены в доктрине, см. A. Śmieja, (w:) A. Olejniczak (red.) *System...*, s. 485, zostały też zgłoszone przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego – Zielona Księga – optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej pod red. Z. Radwańskiego, s. 147.

THE CIVIL LIABILITY PERSONS WHO ARE OBLIGATED TO SUPERVISION – THE NEED FOR CHANGE

The civil responsibility persons who are obligated to the supervision of individuals who, because of age or mental status, can not be held responsible for their actions causes problems in Polish civil law. There are several possible grounds for legal liability. There are also doubts in how to understand the range of supervision. The doctrine proposed amendments to Art. 427 CC are to properly protect the victim's interests. It is also proposed to introduce liability based on the principle of risk.

Key words:

Civil responsibility, guardianship of a minor, supervision, responsibility on guilt basis, responsibility on risk basis, liability in tort.

ВОССТАНОВЛЕНИЕ ОСНОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА В ПОЛЬШЕ ПОСЛЕ 1989 г. (ВОПРОС ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ)

1. Вводные замечания

Гражданское право сопутствует общественному развитию, изменяя своё содержание в ходе эволюции, которую проходит обществ. В этом процессе происходят различные политические и экономические события, с которыми мы сталкиваемся при изучении развития гражданского права. Право развивается эволюционным путём или подвергается потрясениям, таким же как и общество.

1989 год в истории Польши был богат важными событиями. Среди них самое важное – это парламентские выборы в июле, несмотря на то, что это не были вполне демократические выборы (демократические выборы произошли осенью 1991 г.). Переломным моментом в новейшей истории Польши считается 1989 год, который является началом непосредственного перехода Польши к полному суверенитету.

Как правильно отметил А. Стельмаховски¹, гражданское право в Польше характеризуется чертой, важность которой вполне могут понять поколения, которым дано было пережить войны и изменения политического строя. Этой чертой является прочность его основных институтов. Это особенная ценность, хотя бы потому, что мало таких институтов, которые отличаются продолжением и постоянством принципов. к ним не принадлежит государство, которое несколько раз прекращало своё существование и теряло независимость, а также территориальное самоуправление и общественные организации.

1 А. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 11.

В гражданском праве Польши в формальном смысле проходило много изменений, его содержание было предметом различных экспериментов. Несмотря на это, с перспективы прошедших более, чем двадцати лет (с 1989 г.), можно констатировать, что в гражданском праве существует некоторый ценностный стержень, который не поддавался давлению доктрины социализма и позволил сохранить элементарные черты гражданского права в 1944-1989 гг. Однако многие классические правовые конструкции были изъяты или деформированы социалистической идеологией. В такой обстановке период так называемой «строевой трансформации» в Польше, начатый после 1989 г. стал также периодом реконструкции многих классических институтов и ценностей аксиологического характера, дающим обоснование для норм гражданского права или в более широком плане – частного права.

Вероятно, что в данном случае надо говорить не о реформе, но о реконструкции и только потом об изменениях, вытекающих из эволюционного развития права в рыночной экономике. Обычно считается, что понятие «реформа» определяет изменения в какой-то системе, которые однако не означают радикального и качественного преобразования этой системы. Понятие «реконструкция» - это восстановление чего-то на основе сохранившихся фрагментов, восстановление чего-то частично уничтоженного. В гражданском праве остался ценностный стержень, который не поддавался давлению доктрины социализма. В такой обстановке сохранилась основа, разрешающая процесс восстановления классических институтов гражданского права.

Стоит вспомнить, что ещё в науке гражданского права времён социалистического строя подчёркивалось, что в области унификации и кодификации 1944-1989 гг. использовался подход, а также конструкции французской, немецкой и австрийской правовой науки, т. е. классические институты, действующие в европейских странах капиталистического строя. Их происхождение вытекало из рецепции римского права в Европе в XVII и XVIII вв. Европа тогда усвоила достижения римских юристов и, кроме того, в XIX веке догматические разработки, находящиеся в «*Corpus iuris civilis*», были развиты и углублены в правовой науке, создавая т. наз. современную романистическую теорию. На основании догматических разработок римского права возникли большие кодификации, такие как Наполеоновский кодекс, а также гражданский австрийский и немецкий кодексы. Римская догматическая система в этих

кодификациях подвергалась различным изменениям, однако она являлась их основой.

После приобретения Польшей независимости в 1918 году в её границах действовали различные нормы гражданского права. Обращая внимание на основные правовые системы Польши того времени, надо прежде всего указать на то, что на территории бывшего Царства Польского (Польского конгрессового королевства) в принципе действовал Наполеоновский кодекс, на территории аннексированной Россией – русское право, на землях, ранее захваченных Пруссией – немецкое право, на территории, ранее захваченной Австрией вместе с частью Цешинской Силезии – австрийское право, а также на части земель Спиша и Оравы – венгерское право.² После первой мировой войны начались работы, связанные с кодификацией единого для всей страны гражданского законодательства (в целом именуемые унификационными работами). Стечение многих обстоятельств общественного, политического и экономического характера повлияло на то, что эти работы представляли собой очень трудный и сложный процесс. Несмотря на это, в Польше в период между первой и второй мировыми войнами, было унифицировано обязательственное право и в 1933 г. издан Обязательственный кодекс³, очень высоко оцененный теоретиками и практиками. В 1934 г. произошла унификация торгового права в форме Торгового кодекса⁴, а в 1936 г. законы о вексельном и чековом праве.⁵ Надо добавить, что ранее были изданы многие, важные для функционирования народного хозяйства правовые акты, такие как: кооперативное право 1920 г., закон об авторском праве и закон о борьбе с недобросовестной конкуренцией 1926 г., право об охране изобретений, образцов и товарных знаков.⁶

Несмотря на большие усилия юридической общественности не удалось унифицировать все подотрасли гражданского права. Не была унифицирована общая часть гражданского права, вещное и наследственное право. В этих областях права по-прежнему действовали правовые положения бывших государств – захватчиков.

2 S. Grzybowski, (w:) S. Grzybowski (red.), System prawa cywilnego. Część ogólna, Wrocław, Warszawa, Kraków 1985, s. 33).

3 Ж(урнал) З(аконов) Речи Посполитой № 82, поз. 598. (Dz.U.R. P. Nr 82, poz. 598).

4 ЖЗ РП № 57, поз. 502. (Dz.U.R. P. Nr 57, poz. 502).

5 ЖЗ РП № 37, поз. 282. (Dz.U.R. P. Nr 37, poz. 282).

6 S. Grzybowski, (w:) S. Grzybowski (red.), System prawa cywilnego. Część ogólna, Wrocław, Warszawa, Kraków 1985, s. 38.

2. Идеологизация гражданского права в Польше после 1944 г.

Законоположения государств – захватчиков потеряли законную силу в 1945-1946 гг. После второй мировой войны были возобновлены работы по унификации положений гражданского права, прежде всего с целью его приспособления к радикально изменившимся условиям общественно-политического строя. Пользуясь проектами унификации и достижениями периода между первой и второй мировыми войнами, эти работы были завершены за два года. В 1945-1946 гг. возникли общие положения гражданского права, вещное и наследственное право. По-прежнему действовали акты, унифицированные в период между первой и второй мировыми войнами (Обязательственный кодекс, Торговый кодекс, а также Вексельное и чековое право). Вскоре действующие в такой форме урегулирования в области гражданского права подверглись резкой политической критике, основанной на ошибочных положениях капиталистических общественно-экономических отношений. Не учитывали нужд «государственной социалистической собственности и обобществлённого оборота», а также обстоятельств «единиц общественной экономики», к которым только в очень ограниченном объёме могли применяться положения гражданского права. В 1950 г. были изданы новые общие положения гражданского права⁷, которые, прежде всего, вводили изменения в области толкования, а также исполнения субъективных прав, отражающих идеологические основы государственного строя. Ввиду неприспособленности гражданского права к нуждам экономики социалистического характера, самые важные области правовых отношений в распределительно-приказной экономике были урегулированы актами более низкого ранга, чем закон, издаваемыми разными государственными органами. Внекодексные, иногда неконституционные правовые акты со временем стали «нормальным» явлением социалистического строя. Разрешение на такой порядок правового регулирования давало положение ст. 2 Гражданского кодекса, принятого в 1964 году.⁸ Из него вытекало, что в особых случаях, Совет министров или по его указанию другой орган высшей государственной власти мог урегулировать отношения гражданского оборота способом, отличающимся от положений кодекса. Такой специфический способ правообразования касался также положений Гражданского кодекса по характеру *iuris cogentis*. Положения *iuris dispositivi* изменялись произвольно. Тогда считалось, что если стороны могут по-другому формировать взаимоотношения, тогда тем более может это сделать вышестоящий орган. Если вспомнить, что в Гражданском кодексе находилось положение (ст. 384), уполномочивающее высшие органы государственной власти на издание обязательных условий договоров или

7 ЖЗ № 34, поз. 311 (Dz.U. Nr 34, poz. 311).

8 ЖЗ № 16, поз. 93 (Dz.U. Nr 16, poz. 93).

образцов договоров, тогда кодекс сразу открыл широкие рамки для нормотворческой деятельности в сфере обобществлённого оборота. В результате этого гражданский оборот регулировался в существенном объёме внекодексным положением. Кроме того, вводные положения Гражданского кодекса отменили действующие до его вступления в силу общие положения гражданского права, вещное право, Обязательственный кодекс, наследственное право. Был отменён также Торговый кодекс, за исключением положений касающихся открытого общества, общества с ограниченной ответственностью, а также акционерного общества и некоторых положений, связанных с функционированием этих обществ (положения о фирме, представительстве фирмы с правом подписи и реестре торговых фирм). Оставшаяся в силе часть положений Торгового кодекса пережила период социализма, главным образом, благодаря нуждам внешней торговли, которая выходила за границы лагеря государств т. наз. «демолюдов». Кроме того, надо подчеркнуть, что в Польше не удалось полностью ликвидировать частную собственность, особенно это касается частной собственности на землю. Что очень характерно, земля в Польской Народной Республике никогда не была товаром. Оборот землёй находился под тщательным контролем и ограничивался применением с этой целью разных правовых и внеправовых средств. Подверглось колебанию соотношение между правомочиями и обязанностями, вытекающими из права собственности на землю, оставшуюся в частных руках. Продержались также мелкие частные предприниматели, несмотря на то, что в промышленности и торговле они составляли небольшой экономический потенциал. Идея предпринимательства, имеющая тесную связь с частной собственностью, не была в Польше совсем уничтожена, что благоприятствовало восстановлению рыночной экономики. Этот факт имел огромное значение, особенно сразу после перелома, вызванного изменением государственного строя, т. е. после 1989 г.

В условиях рыночной экономики фундаментальное значение играет автономность и равенство субъектов, принимающих участие в правовом обороте, отсутствие непосредственного принуждения со стороны государственных органов, право собственности и другие правовые институты, предоставляющие возможность пользования и распоряжения вещами или правами. Среди опор гражданского права находится свобода договоров, безопасность оборота и принцип истины.⁹ Эти ценности составляют основной свод принципов гражданского права. В литературе гражданского права в ПНР никогда не было согласованного свода принципов гражданского права. Ряд правовых конструкций в Гражданском кодексе 1964 г. решительно отходил по содержанию от классических образцов, ведущих происхождение от римского права. Такой от-

9 A. Stelmachowski, Zarys teorii prawa cywilnego, Warszawa 1998, s. 46, 91.

ход произошел с правом собственности и принципом свободы договоров. Правовое понимание собственности получило совсем новое содержание, происходящее от идеологии, принятой Советским Союзом.

В ПНР были указаны категории права собственности. В конституции 1952 г. были записаны типы и формы собственности, т. е. определены направления, в соответствии с которыми государство должно было воздействовать на экономическую структуру общества. Пользуясь указаниями конституции, Гражданский кодекс осуществил деление собственности на общественную собственность (государственную, кооперативную и других организаций трудящихся), индивидуальную и личную. Различное отношение Гражданского кодекса к отдельным типам и формам собственности нашло своё выражение уже в общих положениях о собственности, т.е. в разном подходе правил толкования, которыми надо было руководствоваться в толковании и применении положений, касающихся отдельных видов собственности (общественной, индивидуальной, личной). Принимая во внимание первенство общественной собственности, Гражданский кодекс однозначно определил, что эта собственность находится под особой охраной права (ст. 129). Этот принцип осуществлялся с помощью специальных положений закона. Кроме того, при введении в действие положений конституции Польской Народной Республики, касающихся обязанностей особой защиты общественной собственности, при второстепенном экономическом значении индивидуальной и личной собственности, установилось мнение о положительной обязанности охраны общественной собственности. Гражданский кодекс возложил на каждого гражданина обязанность охраны общественной собственности (ст. 137 § 1), отразившейся в судебной практике Государственного хозяйственного арбитража.

Особое место занимал принцип единства государственной социалистической собственности, выраженный в ст. 128 Гражданского кодекса, согласно которому социалистическая общенародная (государственная) собственность нераздельно принадлежала государству. Это должно было обеспечить преобладание этой формы общественной собственности над другой формой общественной собственности, т. е. над кооперативной собственностью. Единство государственной собственности должно было способствовать плано-вому руководству народным хозяйством. Содержание ст. 128 Гражданского кодекса было само по себе противоречиво и деформировало суть права собственности. Даже в публикациях, которые появились до 1989 года был сформу-

лирован прямой вопрос: Является ли «общая общенародная собственность» «собственностью?».¹⁰ Следует добавить, что в сознании большинства польского общества общественная собственность как правовая и экономическая категория занимала второстепенное место, она воспринималась как «ничья собственность».

3. Развитие правового регулирования отношений собственности в свете перемен политического строя в Польше в 1989 г.

Право собственности всегда привлекало внимание исследователей. Однако в истории бывают периоды особой заинтересованности этим правом. В Польше политический перелом в 1989 году положил начало процессу глубоких изменений политической системы. Началось строительство рыночной экономики. Для гражданского права это означало возвращение к первоначальным принципам, прежде всего, означало восстановление положения гражданского права как главного регулятора хозяйственных отношений.

В принципе модель политико-экономического строя и формы отношений собственности взаимно обусловлены, радикальные перемены политического строя связаны с глубокими преобразованиями в сфере собственности.¹¹ Если мы считаем, что собственность является интердисциплинарной категорией, тогда перемены должны проходить не только на фоне юридическом или экономическом, но также в сфере социологических и психологических явлений и во многих других отраслях науки и практики, они касаются как отдельных граждан, так и общественных групп в масштабе всей страны.

После отхода от марксистской концепции собственности законодатель был вынужден вернуть форму собственности, адекватную новой рыночной экономике. С этой целью была начата правотворческая деятельность во многих сферах, касающихся отношений собственности и самого права собственности.

Реформа отношений собственности началась с изменения конституционных положений и положений Гражданского кодекса, так как именно в этих правовых актах находим основы дальнейшего регулирования отношений собственности. Закон от 29 декабря 1989 г. об изменении конституции Польской Народной Республики¹², вместо марксистской концепции первенства государственной собственности вводит принцип равноправия всех хозяйственных

10 K. Brozi, L. Winiarski, „Czy „własność ogólnospołeczna” jest „własnością”? Studia Filozoficzne, 1980, Nr 7, s. 19.

11 M. Bednarek, „Konceptcja własności w dobie transformacji ustrojowej w Polsce, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1993, Nr 4, s. 447, 448.

12 ЖЗ № 75, поз. 444. Закон изменяет название на: «конституция Республики Польша». См. Также А. Lityński, O prawie i sądach początków Polski Ludowej, Białystok 1999, s. 240 (Dz.U. Nr 75, poz. 444 (Dz.U. Nr 75, poz. 444. Ustawą tą zmieniono tytuł na: „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej”).

субъектов. Были отменены положения, связанные с действующей дифференциацией собственности, которые устанавливали привилегии для общественной собственности. Руководствуясь изменениями конституции, законодатель произвёл новеллизацию Гражданского кодекса, в 1990 г. отменил положения ст. 126-135, являющиеся последствием предыдущего конституционного регулирования права собственности, основанных на марксистской типизации. Из Гражданского кодекса были изъяты положения о субъектах обобществлённой экономики, ликвидирован ряд привилегий, существующих до сих пор на фоне гражданского материального и процессуального права, предусмотренных для субъектов, связанных с общественной собственностью, и особенно государственной.¹³ Обобщая все вышесказанное, можно сказать, что основной целью этих законодательных нововведений было прекращение связей отдельными с субъективными привилегиями права собственности, с идеологизацией гражданско-правовых отношений и восстановление правовых инструментов, предоставляющих возможность обмена товаров и услуг на основе принципов рыночной экономики. Стоит вспомнить о введении в Гражданский кодекс принципа свободы договоров (ст. 353¹)¹⁴, законного понятия предприятия в предметном значении (ст. 55¹) и постепенном введении в жизнь положений Торгового кодекса.¹⁵ Что интересно, предметное понятие предприятия было введено в 1990 г., главным образом, для нужд приватизации, сегодня после корректировки его содержания в 2003 году оно находит применение в правовом обороте предприятий.

Среди действий, которые привели к преобразованиям политического строя, особенно следует отметить приватизации государственной собственности, иногда называемое процессом генерального «отхода от государственной» собственности.¹⁶ В частности, был принят принцип, что частная собственность должна стать основой общественно-политического строя в III Речи Посполитой. Опыт последних десятилетий отчётливо показал, что экономика, основанная на государственной собственности, обречена на неудачу, «(...) государство, всегда большой потребитель, всегда будет плохим производителем».¹⁷ Существуют многочисленные мнения о том, что государство, осуществляя хозяйственную деятельность, не может по своей природе принять принципов

13 ЖЗ 1990, № 55, поз. 321, 318 (Dz.U. Nr 55, poz. 321, 318).

14 См. Шире на эту тему: P. Machnikowski, (w:) E. Łętowska (red.), System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna. Tom 5, Warszawa 2006, s. 416; M. Niedośpiał, Swoboda czynności prawnych, Bielsko-Biała 2004).

15 Сейчас действует закон от 15 сентября 2000 г. кодекс торговых обществ, ЖЗ № 94, поз. 1037 с поздн. изм. (Obecnie obowiązuje ustawa z 15.09.2000 r. Kodeks spółek handlowych, Dz.U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zmianami).

16 M. Bednarek, Koncepcja własności w dobie transformacji ustrojowej w Polsce, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1993, Nr 4, s. 447, 448.

17 S.Z. Szyszkowski, Zagadnienie komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych, Warszawa 1930, s. 15.

функционирования частной экономики.¹⁸ Сегодня всё это многократно подтверждается выводами экономистов, юристов, социологов. После политико-государственного перелома в 1989 году продолжались дискуссии на тему превосходства частной собственности над общественной. Теория права собственности говорит о том, что разные формы собственности дают начало разным экономическим стимулам, следовательно - приводят к разным экономическим результатам. По мнению Я. Титтенбруна форма собственности решает выбор направлений в деятельности экономических субъектов.¹⁹

В Польше с процессом приватизации связывали огромные надежды на восстановление рыночной экономики. как впоследствии оказалось, это был длительный и трудный период. кроме многих положительно воспринятых результатов, этот период принёс ряд явлений дисфункционального характера.²⁰ Сегодня часто указывается на неправильную очерёдность упорядочения правовых отношений собственности в Польше после 1989 г. До начала процесса приватизации государственных предприятий, которые обладали государственной собственностью, надо было провести реприватизацию имущества, национализированного в течение нескольких лет после второй мировой войны. Это был бы один из существенных способов восстановления частной собственности. Трудно отказать в правоте таким точкам зрения. Некоторые посткоммунистические страны пошли таким путём. Это касается в особенности Германской Демократической Республики и Чехословакии. Приватизация в посткоммунистических странах оказалась очень сложным процессом. Ни одна научная теория не предвидела такого поворота в истории, поэтому трудно было найти образец поведения. Не всегда можно было предвидеть или определить следствия совершения пути «обратно к капитализму».²¹

Обычно обоснование приватизации простое: если мы хотим рыночную экономику, тогда надо приблизить структуру собственности хозяйства к такой, какая существует в развитых рыночных экономиках, это обозначает приватизацию доминирующей до сих пор государственной собственности.²² С теоретической, а также практической точек зрения - это проблема сложная, требующая более широкого рассмотрения. Прежде всего, термин «приватизация» воспринимается неоднозначно.

18 A. Schatz, *L'eutreprise gouvernementale et son administration*, Paris Grasset 1922, s. 16.

19 J. Tittenbrun, *Teoria wolnoodostępnej własności*, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny* 1996, Nr 2, s. 123 i n.).

20 T. Mróz, *Funkcje spółek kapitałowych w procesie prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych*, Białystok 1999, s. 250.

21 P. Jasiński, S.J., *Z powrotem do kapitalizmu. Problemy przekształceń systemowych i własnościowych*, Warszawa 1994, s. 10.

22 M. Iwanek, *Niektóre problemy przekształceń własnościowych przedsiębiorstw w świetle ekonomii*, (w:) M. Iwanek, A. Kwieciński (red.), *Przekształcenia własnościowe a funkcjonowanie przedsiębiorstw (materiały konferencyjne)*, Warszawa 1992, s. 7 i 8.

Часто приватизация понималась и связывалась только с происходящими переменами собственности, особенно с изменением правовой формы государственных предприятий и продажей частным лицам имущества, являющегося собственностью государства. Однако было признано, что независимо от определения того, что такое «приватизация», невозможно было свести смысл этого понятия только к изменению собственника, хотя по многим причинам эта проблема очень важна для всего процесса. Очень поверхностный исторический анализ общественно-экономических процессов позволяет отметить, что формально-правовой аспект является существенным (часто основным) элементом, условием изменения в экономическом поведении субъектов хозяйствования. Этот аспект может быть гигантским шагом на пути общественно-экономических изменений, началом дальнейших процессов во всей экономике или в определённом её сегменте. Формально-правовая сторона здесь очень важна, однако это не единственный элемент приватизации.²³ Этот процесс состоит из многих явлений и событий политического, экономического и социологического характера.

Рассматривая приватизацию, надо ответить на вопрос: под этим понятием мы понимаем приватизацию экономики или только приватизацию государственных предприятий?

Если примем во внимание первую интерпретацию, более широкую, то из неё вытекает, что речь идёт обо всех способах воздействия на рост и эффективность хозяйства, основанного на частной собственности. Если ограничимся ко второй, тогда в центре внимания остаются, главным образом, способы уменьшения той части публичного сектора, которая организована в форме государственных предприятий. Упрощённо можем сказать, что первый подход ориентирован на строительство, второй – главным образом, на демонтаж социалистической распределительно-приказной экономической системы.

Положения законов о приватизации²⁴ экспонировали «техническую» процедурную сторону «отхода от государственной собственности» государственного предприятия. В них нет генеральной правовой конструкции понятия и содержания частной собственности.

Это в некоторой степени оправдано, так как идеей положений о приватизации не является создание теоретической конструкции частной собственности,

23 Cz. Żuławska, Niektóre prawne i ekonomiczne aspekty prywatyzacji, Państwo i Prawo 1991, Nr 2, s. 5.

24 Речь идёт прежде всего о: Ustawę z 13.07.1990 r. o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, Dz.U. Nr 51, poz. 298, а также Ustawę z 30.08.1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, Dz.U. 118, Nr 561. См. также W.J. Katner, Komentarz do ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji, Warszawa 2003 oraz W.J. Katner, Rozwiązania prawne i przebieg prywatyzacji w Polsce, (w:) Studia z prawa gospodarczego i handlowego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Stanisława Włodyki, Kraków 1996, s 216.

но проведение процесса структурных перемен собственности в народном хозяйстве, основанном до сих пор на государственной собственности.

4. Функциональная дифференциация собственности в условиях рыночной экономики

В нынешних условиях функционирования общества и народного хозяйства нельзя защитить гипотезу, что преобразования собственности и строя вызвали возвращение к частной собственности в смысле универсальной модели собственности. Следует при этом добавить, что до сих пор нет законного определения понятия частной собственности, однако оно всё чаще появляется в законах и подзаконных нормативно-правовых актах. Появляются мнения, что в Польше можно говорить о формировании частной собственности как об отдельной правовой категории собственности. Нельзя не вспомнить об очень интересном мнении, высказанном С. Вуйцик, который подтвердил, что действующие положения не препятствуют выделению на почве *legis late* частной собственности как отдельной категории собственности.²⁵ Автор признал, что частная собственность состоит из собственности на средства производства физических лиц, а также собственность юридических лиц, отличных от, чем государственных и коммунальных.

В сегодняшних условиях право собственности подвергается изменениям, если говорить о его конкретном содержании, урегулированном законоположениями. Эти изменения являются производной разных факторов, чаще всего экономических, технологических, экологических. Это не противоречит общему тезису, что в понятии собственности находится неизменный элемент, определяемый правовой наукой как «прочная и вечная идея собственности» или как «стержень собственности». Эта «прочная и вечная идея собственности» понимается как «предписание конкретному лицу или группе лиц презумпции исключительного пользования и распоряжения вещами или другими нематериальными благами».²⁶ конституция Республики Польша²⁷ отмечает прочный и нерушимый элемент собственности в ст. 64, абзац 3, в котором говорится о том, что «право собственности может быть ограничено только на основании закона и только в тех пределах, в которых он не противоречит сущности права собственности». кроме того, ст. 64 абзац 1 и 2 конституции подтверждает, что «каждый может иметь право собственности, другие имущественные права, а также право наследования; собственность, другие имущест-

25 S. Wójcik, Problem pojęcia „własność prywatna” w III Rzeczypospolitej, Rejent 1991, Nr 7-8, s. 14.

26 W. Pańko, O prawie własności i jego współczesnych funkcjach, Katowice 1984, s. 15.

27 ЖЗ № 78, поз. 483 (Dz.U. Nr 78, poz. 483).

венные права, а также право наследования пользуются равной для всех правовой защитой».²⁸

По мнению А. Стельмаховского перелом 1989 года принёс существенную переоценку в области собственности.²⁹ Автор подчёркивает, что на первый план выдвигается деление на собственность частную и собственность публичную. Это, прежде всего, функциональное деление, хотя такое деление играет здесь особую роль. Публичная собственность осуществляется теми субъектами права, которые должны решать публичные задачи, это - прежде всего Государство и территориальное самоуправление.

В соответствии со ст. 20 конституции социальное рыночное хозяйство основано на свободе хозяйственной деятельности, частной собственности, тем самым появление публичной собственности в хозяйственном обороте должно восприниматься как исключение.

Учитывая функциональное назначение собственности, в рамках частной собственности различаем:

- промышленно-торговую собственность,
- интеллектуальную собственность,
- сельскохозяйственную собственность,
- собственность жилищных фондов,
- собственность на леса,
- собственность на горные выработки.

Применяя аналогичный критерий классификации собственности, можем констатировать, что публичная собственность охватывает:

- часть государственной собственности, используемой в общественно полезных публичных целях,
- преобладающую часть коммунальной собственности, используемую в тех же целях,
- собственность тех юридических лиц, которые связаны с реализацией общественно полезных заданий (напр., Национальный Банк Польши, Учреждение социального страхования).³⁰

Стоит также отметить, что при применении функционального критерия, границы между публичной и частной собственностью не всегда бывают чёт-

28 См. Шипе Т. Dybowski, *Własność w przepisach konstytucyjnych wedle stanu obowiązywania w 1996 r.*, (w:) *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania*. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej, Warszawa 1996, s. 310.

29 A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1989, s. 187; A. Doliwa, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2010, s. 26 и след.

30 A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1989, s. 189.

кими. К примеру, больница, работающая на основе частной собственности, исполняет функции публичного характера. Пахотные земли, практически являющиеся государственной собственностью, переданные в многолетнюю аренду, на это время теряют функциональные черты, характеризующие публичную собственность.

Подведение итогов

Действующий с 1 января 1965 г. Гражданский кодекс является первой кодификацией гражданского права в Польше. Однозначно можем признать, что это основа частного права в Польше. Это очень молодая кодификация по сравнению с законами, регулирующими частное право в других европейских странах. Причины некоторого замедления развития частного права в Польше известны и очевидны. Потеря государственности в конце XVIII века, продолжающаяся почти 150 лет, означала приостановление законодательной деятельности. Несмотря на то, что в период ПНР в Гражданском кодексе нашлись многие институты характерные для социалистического права, отвечающие основам этого строя, однако он в принципе сохранил все традиционные институты гражданского права.³¹ Изменения многих положений Гражданского кодекса оказались бы невозможными без преобразований собственности, осуществляемых в процессе приватизации, особенно приватизации государственных предприятий, к которым принадлежал почти весь экономический потенциал Польши.

Сегодня, после многих новеллизаций Гражданского кодекса, польский законодатель, в отличие от других законодателей социалистических государств, принял принцип единства гражданского права, подверг кодифицированному урегулированию также сферу профессионального оборота.

Основные изменения Гражданского кодекса произошли в 1989 - 1990 гг. Закон от 31 января 1989 г. об изменении закона Гражданский кодекс³² отменяет принцип единства государственной собственности в ст. 128 кодекса. Затем закон от 28 июля 1990 г. об изменении закона Гражданский кодекс³³ исключает положения, которые вводили типы и формы собственности, при сохранении классического определения собственности в ст. 140 кодекса, согласно которой в пределах определённых законом и принципом социального сосуществования собственник может, за исключением других лиц, пользоваться вещью согласно социально-экономическому предназначению своего права, в особенности пользоваться выгодами и другими доходами. В тех же пределах может распо-

31 M. Pyziak-Szafnicka (red.), Kodeks cywilny. Część ogólna, Warszawa 2009, s. 16.

32 ЖЗ № 3, поз. 11 (Dz.U. Nr 3, poz. 11).

33 ЖЗ № 55, поз. 321 (Dz.U. Nr 55, poz. 321).

ряжаться вещью.³⁴ Стоит также обратить внимание на то, что после 1989 г. чётко изменилось толкование понятий «принципы социального сосуществования» и «социально-экономическое назначение права». Произошёл отход от строевой коннотации этих понятий. Постепенно они заменялись оговоркой о правильности, справедливости и хороших обычаях (напр., ст. 385¹).

Изменения Гражданского кодекса совпали во времени с возобновлением после пятидесяти лет территориального самоуправления, а также началом процесса приватизации и его правового урегулирования. Закон от 1990 г. вводит также много других изменений, напр., восстанавливает традиционную форму давности имущественных притязаний, либеризует принципы прекращения общей собственности и наследования земельных участков крестьянских (фермерских) хозяйств, вводит также понятия предприятия и земледельческого хозяйства. Глубокий экономический кризис, сопутствующий падению социалистического строя, вызвал восстановление известной Обязательственному кодексу клаузулы *rebus sic stantibus*. По той же причине допускалось применение клаузул валоризации, а также судебной валоризации исполнений по денежному обязательству. В большинстве своём действия законодателя заключались в восстановлении классических институтов гражданского права, а также исключении институтов типичных социалистическому строю. В таком положении мы можем говорить не о реформе, но прежде всего о возобновлении, восстановлении основ гражданского права. Дальнейшие изменения Гражданского кодекса не имели уже такого принципиального характера, как изменения произошедшие в 1989-1990 гг., хотя были значимыми для гражданско-правового оборота в рыночной экономике.

34 Шире на тему проблем частного права см. E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2011, s. 293 і наст а также K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny tom I. Komentarz do art. 1-449¹⁰*, wyd. 6, Warszawa 2011, s. 554 и след.

**RESTORING THE FOUNDATIONS OF CIVIL LAW IN POLAND IN 1989
(IN PARTICULAR WITH RESPECT TO PROPERTY RIGHTS)**

Civil law in Poland has undergone many changes whereas its content was subject to various experiments. Despite this, from the perspective of over twenty years that have elapsed since 1989, it can be ascertained that the civil law contains a certain nucleus of values that has resisted the pressure exerted by the socialist doctrine on the one hand, and allowed to preserve elementary features of civil law in 1944-1989 on the other. Nevertheless, many classic legal constructions were either eliminated or deformed by the ideology of the state's socialist system. Thus, the time of system transformation in Poland that commenced after 1989, has also become the period of reconstruction of many classic institutions and values being axiological in nature that justify private law norms.

Key words:

The state's political system vs. the law, market economy, private property.

НАСЛЕДОВАНИЕ ВЫМОРОЧНОГО ИМУЩЕСТВА В РФ.

После смерти лица может случиться так, что никто из наследников по завещанию или по закону не унаследует наследственное имущество. Такое имущество принято называть «выморочным» (*bona vacantia, die Erbschaft erbenlos, die erblose Gueter, die erblose Verlassenschaften, les biens vacances, i beni vacanti*).

Долгое время природа выморочного права вызывала споры среди ученых. к началу XX в. в немецкой пандектной доктрине сложились основные теории выморочного права, заимствованные русской цивилистикой. Суть их состоит в следующем:

- 1) право на выморочное наследство не может быть признано наследственным правом потому, что выморочным называется наследственное имущество при отсутствии наследников по закону и по завещанию либо если никто из наследников не примет наследство. С этой точки зрения выморочное право следует признать:
 - правом обыкновенной оккупации;
 - преимущественно предписанным правом оккупации, т. е. привилегированное оккупационное право для казны по завладению выморочным имуществом;
 - суверенным правом, т. е. правом государства, основанном на праве владельца своей территории и находящихся на ней вещей;
 - аналогичным цессии требования, поскольку и цессионарий и лицо, принявшее выморочное имущество, действуют в своих, а не в чужих интересах;
 - аналогичным праву наследования, поскольку наследником может быть только физическое лицо,

2) право на выморочное имущество следует отнести к наследственному праву.¹

Некоторые ученые сочли, что право на выморочное имущество является универсальным преемством особого рода (*successio universalis sui generis*) и относится к институтам публичного, а не частного права.²

В настоящее время российский законодатель отнес право на выморочное имущество к наследственному праву, т. е. определил его как частно-правовой институт, поместив соответствующие нормы в главу 63 «Наследование по закону» раздела V «Наследственное право» части третьей Гражданского кодекса РФ. В соответствии с законом правовая природа выморочного имущества определена как *переход* имущества умершего физического лица *в порядке наследования по закону* к трем видам публично-правовых образований: муниципальным образованиям, субъектам российской Федерации - городам федерального значения Москве и Санкт-Петербургу, Российской Федерации, (п. 2 ст. 1151 ГК РФ). Сам порядок наследования и учета выморочного имущества, переходящего в порядке наследования по закону к публично-правовому образованию, должен определить специально принятый для этого законом (п. 3 ст. 1151 ГК РФ). Указанный закон в настоящее время пока ещё не принят, поэтому порядок наследования и учета выморочного имущества определяется ранее принятыми подзаконными нормативными актами, которые следует применять вплоть до принятия специального закона.³

Тем не менее, формулировки ст. 1151 ГК РФ могут вызвать определенные вопросы относительно правовой природы приобретения публично-правовым образованием выморочного имущества. Почему законодатель использует термин «переходит», а не «наследует» в отношении выморочного имущества? Существует ли разница в этих понятиях?

Слова законодателя о переходе прав и обязанностей относятся к различным ситуациям, которые складываются в связи возникновением и дальнейшим развитием наследственного правоотношения. В частности, в отношении:

- прав и обязанностей, «...переход которых в порядке наследования не допускается настоящим кодексом или другими законами» (абз. 2 ст. 1112 ГК РФ).

1 В русской литературе эти точки зрения подробно описал В.И. Курдиновский. См.: Курдиновский В.И. Выморочные имущества. Киев. 1903. С. 41- 48

2 Рязановский В.А. О посмертном преемстве супругов по русскому праву. Историко-догматический очерк. Н.-Новгород. 1914. С. 139, 144.

3 Постановление Совмина СССР от 29.06.1984 N 683 (ред. от 25.07.1991) «Инструкция о порядке учета, оценки и реализации конфискованного, бесхозяйного имущества, имущества, перешедшего по праву наследования к государству, и кладов» (утв. Минфином СССР 19.12.1984 N 185) (ред. от 13.08.1991, с изм. от 15.01.2007); «Об утверждении Положения о порядке учета, оценки и реализации конфискованного, бесхозяйного имущества, имущества, перешедшего по праву наследования к государству, и кладов»

- действий душеприказчика, основной обязанностью которого является –«обеспечить переход к наследникам причитающегося им наследственного имущества в соответствии с выраженной в завещании волей наследодателя и законом» (пп. 1 п. 2 ст. 1135 ГК РФ)
- наследника, обремененного легатом *habitatio*, «...к которому переходит жилой дом, квартира или иное жилое помещение» (абз. 2 п. 2 ст. 1137 ГК РФ),
- права на получения завещательного отказа, которое «...не переходит к другим лицам» (п. 4 ст. 1137 ГК РФ),
- перехода к другим наследникам обязанности исполнить завещательный отказ или завещательное возложение (ст. 1140 ГК РФ),
- к праву представления - «доля наследника по закону, умершего до открытия наследства или одновременно с наследодателем, переходит по праву представления к его соответствующим потомкам...» (п. 1 ст. 1146 ГК РФ),
- доли умершего супруга в отношении общего имущества супругов, которая входит в наследственную массу и переходит к его наследникам (ст. 1150 ГК РФ),
- права на обязательную долю, которое не переходит к наследникам *necessarius'a* (п. 3 ст. 1156 ГК РФ),
- к праву приращения наследственных долей и при наследовании по закону и при наследовании по завещанию – «часть наследства... переходит к наследникам по закону...» и «часть наследства... переходит к остальным наследникам по завещанию...» (п. 1 ст. 1161 ГК РФ),
- возникновения общей собственности наследников. Здесь следует обратить внимание на слова законодателя: «При наследовании по закону, если наследственное имущество переходит к двум или нескольким наследникам, и при наследовании по завещанию, если оно завещано двум или нескольким наследникам...» (абз. 1 ст. 1164 ГК РФ). В данном случае законодатель равнозначно использует понятие «наследование» и понятие «переход наследственного имущества к наследнику или наследникам»,
- наследования отдельных видов имущества – переход доли в уставном капитале хозяйственного общества (абз. 2 п. 1 ст. 1176 ГК РФ), пая потребительского кооператива (п. 2 ст. 1177 ГК РФ), земельного участка или права пожизненного наследуемого владения земельным участком (абз. 2 ст. 1181, п. 2 ст. 1182 ГК РФ).

Как мы видим, законодатель использует понятие «переход», «переходит» при характеристике наследственных правоотношений. Переход имущества умершего ауктора синонимичен понятию «наследование», поскольку само содержание наследования и составляет *переход* прав и обязанностей умершего правопредшественника к правопреемнику («Объекты гражданских прав могут свободно ... переходить от одного лица к другому в порядке универсального правопреемства (наследование, реорганизация юридического лица)» п. 1 ст. 129 ГК РФ, «При наследовании имущество умершего (наследство, наследственное имущество) переходит к другим лицам в порядке универсального правопреемства...» п. 1 ст. 1110 ГК РФ). Свойство переходности является общим правилом в отношении субъективных прав и субъективных обязанностей. Исключения из этого правила прямо указаны как в общих положениях закона (например, ст.ст. 129, 383, 418 ГК РФ), так и в наследственном законодательстве (например, ст.ст. 1112, 1176 ГК РФ).

В этом отношении использование законодателем понятия «переход» относительно выморочного имущества совершенно корректно отражает содержание наследования. Ни в одном из приведенных случаев использования понятия «переход» и «переходит» невозможно выявить какого-либо иного смысла, чем описание содержания наследования. Следовательно, нет никаких причин, истолковывать иначе использование этого термина законодателем в отношении выморочного имущества. Формулировка законодателя не оставляет сомнения в том, что происходит именно *наследование* выморочного имущества или *наследственное правопреемство*, а не оккупация бесхозяйного имущества или нечто иное.

В настоящее время некоторые авторы выступают с критикой конструкции наследования выморочного имущества. Так, В.А. Белов придерживается мнения, что в ст. 1151 ГК РФ содержится внутреннее противоречие – не может быть имущество выморочным и одновременно перейти в порядке наследования. Если имущество выморочное, то оно переходит к государству путем оккупации, т. е. актом одностороннего захвата со стороны государства. Тем не менее, В.А. Белов признает подобие выморочного имущества наследственной массе, т. к. оно включает в себя и активы, и пассивы умершего лица, но в целом считает, что «правила о выморочном имуществе и его переходе к государству не имеют ничего общего с нормами наследственного права». ⁴ В данном случае позиция автора противоречит прямому указанию закона и общей тенденции, окончательно возобладавшей ещё в ГК РСФСР 1964 г., - считать государство наследником имущества, которое не перешло к другим наследниками

4 Белов В.А. Гражданское право: Особенная часть: Учебник. М.: АО «ЦентрЮрИнфоР». С. 362-363.

по закону или завещанию.⁵ Позиция В.А. Белова представляется нам весьма слабой и с теоретической точки зрения, поскольку оккупация является первоначальным способом приобретения права собственности на имущество, а переход прав и обязанностей к публично-правовому образованию от умершего праводателя по ныне действующему праву является производным способом.⁶

Сходную позицию занимает М.В. Телюкина, говоря, что при наследовании выморочного имущества «речь по сути идет не о наследовании, а о получении выморочного имущества ... для предотвращения путаницы в дефинициях и их содержании применительно к выморочному имуществу следует употреблять термин не «наследование», а «получение».⁷ В связи с этим следует отметить, что тот или иной термин подразумевает описание вполне определенного правового явления с присущим ему юридическим содержанием. Если в законе совершенно ясно речь идет о наследовании, то более общий термин «получение» не может правильно отразить правовую сущность перехода имущества умершего к публично-правовому образованию. Позиция законодателя в этом вопросе выражена совершенно однозначно, и с ней следует считаться.

Более важным и практически значимым, нам представляется, вопрос о правовой природе *наследования* выморочного имущества, особенностях такого наследования.

Ответ на этот вопрос позволит определить:

- а) какие правовые нормы и в каком объеме следует применять к отношениям, возникающим при переходе выморочного имущества,
- б) правовые последствия такого перехода:
 - будут ли иметь силу распоряжения умершего, содержащиеся в завещании? В частности: переходит ли обязанность исполнить завещательный отказ или завещательное возложение при наследовании выморочного имущества к Российской Федерации, а в случаях наследования жилых помещений к муниципальным образованиям, Москве или Санкт-Петербургу?
 - в каком порядке публично-правовое образование будет отвечать по долгам наследодателя?

5 Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М.: 2002. С. 197-198 (автор комментария – А.А. Рубанов).

6 Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Исключительные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут. 2010. С. 662 (автор главы - Е.В. Кулагина).

7 Телюкина М.В. Наследственное право: Комментарий Гражданского кодекса Российской Федерации: Учебно-практическое пособие. М.: Дело. С. 110.

Проанализируем правила о наследовании выморочного имущества с догматической, исторической и сравнительно-правовой точек зрения.

Прежде всего, следует обратить внимание на формулировку законодателя – к публично-правовому образованию выморочное имущество переходит «в порядке наследования по закону в собственность» (п. 2 ст. 1151 ГК РФ).

Почему законодатель говорит о переходе наследственного имущества к данному субъекту «в порядке наследования по закону», а не просто «в порядке наследования»? как это следует понимать: как ещё одно основание наследования или синоним наследования по закону? Следует ли в таком случае считать, что публично-правовое образование не становится наследником по закону, а становится наследником в порядке наследования по закону? Применимы ли в отношении публично-правового образования основные понятия наследственного права, используемые законодателем, такие как: «наследник», «наследник по закону», «наследник, призванный к наследованию», «наследник по закону, призванный к наследованию» и т. п.? Норма не вполне ясна. Нам представляется, что для ответа на поставленные вопросы одного лишь грамматического толкования недостаточно. Следует прибегнуть к систематическому и логическому толкованиям, которые позволят понять смысл и внутреннюю связь правовых норм, регулирующих выморочное право, как единое целое.⁸

Употребление слов «в порядке» повсеместно встречается в гражданском законодательстве, например в п.4 ст. 469, п. 2 ст. 502, п. 2 ст. 544 ГК РФ и т. д. В связи с наследованием законодатель говорит:

- об имуществе, полученном в дар или «в порядке наследования» (абз. 2 п. 2 ст. 256 ГК РФ),
- о правах и обязанностях, «переход которых в порядке наследования не допускается» (абз. 2 ст. 1112 ГК РФ),
- о наследовании «в порядке наследственной трансмиссии» (п. 1 ст. 1156 ГК РФ),

Когда устанавливает общее правило для всех случаев наследования. «При наследовании имущество умершего (наследство, наследственное имущество) переходит в порядке универсального правопреемства...» (п. 1 ст. 1110 ГК РФ). Согласно этому правилу наследование всегда есть переход имущества умершего в определенном (завещанием или законом) порядке.

8 Васильковский Е. С. Цивилистическая методология. Часть I. Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса. 1901. С. 29-30.

Кроме того, ранее действовавший Закон РФ от 12.12.1991 г. №2020-1 «О налоге с имущества, переходящего в порядке наследования или дарения» в п. 1 ст. 3 «Ставки налога» упоминал налог с имущества, «переходящего физическим лицам в порядке наследования». Полезным будет провести сравнение с определением в п. 2 ст. 3 того же закона: «Налог с имущества, переходящего физическим лицам в порядке дарения...». Если предположить, что здесь имеется в виду ещё одно основание наследования, то в случае с дарением следует предположить, что здесь имеет место не дарение, а переход имущества в порядке дарения. В ныне действующем Налоговом кодексе РФ воспроизведены прежние формулировки «в порядке наследования»: в пп. 9 п. 10 ст. 214.1 Нк РФ - наследник-налогоплательщик получил ценные бумаги «в порядке наследования», в п. 18 ст. 217 Нк РФ о доходах в денежной и натуральной формах, полученных «в порядке наследования», в пп.2 п. 2 ст. 251 Нк РФ – имущество и имущественные права, переходящие к некоммерческим организациям по завещанию в порядке наследования.

В связи с вышесказанным обращает на себя внимание содержание п. 2 ст. 1116 ГК РФ, где говорится, что Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования могут призываться «к наследованию по закону». Законодатель определяет, что наследование по закону публично-правовыми образованиями происходит «в соответствии со статьей 1151 настоящего кодекса» (п. 2 ст. 1116 ГК РФ). По мнению А.А. Рубанова, п. 2 ст. 1151 ГК РФ «...воспроизводит нормы, уже установленные в п. 2 ст. 1116 ГК».⁹ Обращает на себя внимание, что по общему правилу публично-правовое образование призывается к наследованию «*по закону*», а не «*в порядке наследования по закону*». С одной стороны, слова «в порядке наследования по закону» описывают содержание наследственного правоотношения при наследовании имущества как выморочного, с другой, указывают на отсутствие какого-то особого порядка наследования выморочного имущества публично-правовым образованием.

Анализ нормативного материала позволяет нам сделать вывод: когда законодатель указывает на то, что нечто совершается в определенном порядке, он отвечает на вопрос - *как происходит сам процесс и какие правила при этом следует применять*, например, правила о наследовании по закону или по завещанию, или правила о дарении и т. п.

Употребление слов «в порядке наследования» по завещанию или закону равнозначно термину «наследование» по завещанию или по закону. Никакой

9 Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: В 3 т. Т. 3. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Г. Светланова; Институт государства и права РАН.М.: Юрайт-Издат. 2004. С. 152. (автор комментария А.А. Рубанов)

иной смысл путем грамматического, систематического и догматического толкования нам не удастся здесь выявить.

Кроме того, закон прямо указывает, что существуют только два основания наследования – наследование по завещанию и по закону (ст. 1111 ГК РФ), т. е. определяет, в каком порядке осуществляется наследование. При наличии завещания следует руководствоваться изложенной в нем волей завещателя, а при отсутствии завещания правилами, установленными на этот случай в законе. Следовательно, любое наследование, которое будет происходить не по воле завещателя, есть наследование по закону.

Следует также обратить внимание и на императивную норму закона о приобретении права собственности в случае смерти гражданина, согласно которой «...право собственности на принадлежавшее ему имущество переходит по наследству к другим лицам в соответствии с завещанием или законом» (абз. 2 п. 2 ст. 218 ГК РФ). Никаких иных вариантов законом не предусмотрено. Публично-правовое образование наследует выморочное имущество в соответствии с законом, что равнозначно выражению «наследование по закону».

Ведь не случайно законодатель поместил нормы о наследовании выморочного имущества в раздел «Наследование по закону», и чтобы избежать каких-либо разногласий подчеркнул, что выморочное имущество переходит к публично-правовому образованию в порядке наследования по закону. Но может быть, включение в главу 63 «Наследование по закону» правил о наследовании выморочного имущества имеет техническое значение, поскольку было бы неоправданным выделять в отдельную главу весьма краткие правила о наследовании выморочного имущества? Подобного рода аргумент может быть воспринят только в случае, если бы у нас имелись соответствующие разъяснения законодателей. Но даже в этом случае нам следует руководствоваться законом, а не мотивами авторов закона.

Большинство исследователей считает, что Российская Федерация и иные публично-правовые образования являются наследниками по закону, а не особым, отличным от него, видом наследника.¹⁰ Подобного мнения придерживались отечественные цивилисты и при анализе норм о выморочном имуществе

10 Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: В 3 т. Т. 3. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Г. Светлана; Институт государства и права РАН. М.: Юрайт-Издат. 2004. С. 147. (автор комментария А.А. Рубанов) Встречается и ещё более категоричное мнение: «С определенной долей условности Российскую Федерацию можно поставить в девятую очередь наследников по закону» - Зайцева Т.И., Крашенинников П.В. Наследственное право в нотариальной практике: комментарии (ГК РФ, ч. 3, разд. V), метод. Рекомендации, образцы док., норматив. Акты, судеб. Практика: практическое пособие / Федеральная нотариальная палата России. Центр нотариальных исследований. 5-е изд. М.: Волтерс Клувер. 2007. С. 211.

ГК РСФСР 1922 г.,¹¹ и норм о наследовании государством ГК РСФСР 1964 г. и соответствующего гражданского законодательства союзных республик.¹²

Как следует истолковать указание закона в п. 1 ст. 1151 ГК РФ, что имущество считается выморочным «...если отсутствуют наследники, как по закону, так и по завещанию»? Откуда берет свое происхождение эта формулировка?

В русском дореволюционном праве в ст. 1162 Т. X, ч. 1 Свода законов говорится о выморочности наследства, если «не останется вовсе наследников», и в ст. 1167, что «выморочное имущество обращается в казну». Судебная практика истолковала положения закона о выморочном имуществе, как «один из видов приобретения имущества наследством по закону».¹³ Русские цивилисты того времени также считали, что в данном случае имеет место наследование по закону.¹⁴ На противоречие формулировки ст. 1162 и признания государства наследником по закону обратил внимание В.И. курдиновский. В своем обстоятельном исследовании он показал эволюцию данной терминологии, начиная со времен римского права, и в силу правовой традиции закрепленную в зарубежных законах XIX в.¹⁵ В русском праве, с его точки зрения, несомненно, имеется неточность легальной дефиниции о выморочных имуществах, что имеет свое историческое объяснение. De lege ferenda В.И. курдиновский предлагал сформулировать правило о выморочном имуществе, как «право наследования без завещания, в котором принадлежит указанным в законе юридическим лицам».¹⁶

Проект Гражданского уложения 1905 г. в ст. 1373. - «за отсутствием лиц, имеющих право наследования, наследство признается выморочным» - не связывал напрямую переход выморочного имущества в порядке наследования. ГК РСФСР 1922 г. в ст. 433 в целом воспроизводит правила Проекта Гражданского уложения: «В случае неявки наследников в течение шести месяцев по принятии мер охранения наследственного имущества, а равно в случае отказа наследников от наследства (за исключением случая, предусмотренного ст. 424), имущество признается выморочным, и поступает в распоряжение соответствующих органов государства».

11 Орлов Н. Правовая природа выморочного имущества / Вопросы советского гражданского права. М. 1955. С. 117; Серебровский В.И. Очерки советского наследственного права / Избранные труды по наследственному и страховому праву. М. 2003. С. 245-246; Черепахин Б.Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву / Труды по гражданскому праву. М. 2001. С. 435-436.

12 Дрониов В.К. Наследственное право Украинской ССР. Киев. 1974. с. 68; Иоффе О.С., Толстой Ю.К. Основы советского гражданского законодательства. Л., 1962. С. 214 (автор главы – Ю.К. Толстой); Никитюк П.С. Наследственное право и наследственный процесс. (Проблемы теории и практики). Кишинев. 1973. С. 107-109; Степаненко Г.М. Наследственное право РСФСР. Саратов. 1965. С. 23.

13 Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Составил И.М. Тютрюмов. Книга третья. М. 2004. С. 262.

14 Обзор точек зрения см.: Курдиновский В.И. Выморочные имущества // ЖМЮ. 1902, кн. 5, с. 152-154, 161.

15 Курдиновский В.И. Выморочные имущества // ЖМЮ. 1902, кн. 5, с. 150-151.

16 Курдиновский В.И. Выморочные имущества // ЖМЮ. 1902, кн. 5, с. 154-161.

Однако в ст. 552 ГК РСФСР 1964 г. законодатель, пытаясь снять противоречие между указанием в законе на выморочность имущества и одновременно на переход его к государству в порядке практически мало чем отличающимся от наследования.¹⁷ Практически здесь имеет место возврат к неудачной формулировке ст. 1162 Т. X, ч. 1 Свода законов.¹⁸ В несколько измененном и значительно расширенном виде это правило было воспроизведено в ст. 1151 ГК РФ.

Формулировку п. 1 ст. 1151 ГК РФ следует толковать в связи с п. 2 ст. 1116, п. 2 ст. 1151 ГК РФ, названием раздела главы. Публично-правовое образование следует считать наследником по закону *sui generis*. Указания на наследников в п. 1 ст. 1151 ГК РФ подлежат ограничительному толкованию, т. е. под наследниками по закону следует понимать наследников-физических лиц, наследующих в порядке очередности, предусмотренной ст. 1142-1145, 1148, 1156, 1158, 1161 ГК РФ.

В связи с этим Ю.К. Толстой весьма тонко выявил смысл юридико-технического приема, который применил законодатель при использовании понятий «выморочное имущество» и «наследник по закону». По его мнению, применение понятия «выморочное имущество» как раз и позволяет в составе имущества, переходящего по праву наследования к государству, выделить то, которое переходит к государству как к особому наследнику по закону потому, что других наследников ни по закону, ни по завещанию нет».¹⁹

Насколько наследование выморочного имущества отличается от наследования по закону?

Для ответа на этот вопрос следует рассмотреть особенности наследования выморочного имущества.

Имущество *считается* выморочным при наличии следующих условий:

- будут отсутствовать наследники как по закону, так и по завещанию,
- никто из наследников не будет иметь права наследовать,
- все наследники будут отстранены от наследования,
- никто из наследников не примет наследства,
- все наследники откажутся от наследства, и при этом никто из них не укажет, что отказывается в пользу другого наследника,

Обращает на себя внимание *специальный субъектный состав участников наследственного правоотношения, определенный законом*. В зависимости от

17 «Советское государство выступает в этом случае в качестве особого рода наследника по закону» - Антимонов Б.С., Граве К.А. Советское наследственное право. М. 1955. С. 236.

18 Ст. 552 ГК РСФСР: «если у наследодателя нет наследников ни по закону, ни по завещанию».

19 Гражданское право. Том 3. Учебник. Изд. третье, перераб. и доп. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М. 2000. С. 569.

вида наследственного имущества оно переходит либо муниципальным образованиям, либо к таким субъектам РФ как г. Москва, г. Санкт-Петербург, либо к Российской Федерации. к другим субъектам Российской Федерации, физическим или юридическим лицам выморочное имущество перейти не может. Законодатель определил, что к муниципальным образованиям, г. Москве и г. Санкт-Петербургу переходят только жилые помещения. Все остальное имущество наследует РФ. Такое положение закона, несомненно, нарушает один из основополагающих принципов наследования – принцип универсального правопреемства. До внесения изменения в закон в 2007 г.²⁰ выморочное имущество как единое целое переходило к Российской Федерации. Нарушение принципа универсальности наследственного правопреемства вызвано политикой права. Муниципальным образованиям, г. Москве и Санкт-Петербургу предоставлены дополнительные возможности для приобретения жилых помещений. Ведь именно на них в первую очередь возложена обязанность по предоставлению малоимущим гражданам, нуждающимся в жилых помещениях, жильё по договору социального найма (п. 2 ст. 49 ЖК РФ).

Является ли отход от принципа универсального правопреемства особенностью перехода выморочного имущества к публично-правовому образованию?

На этот вопрос следует ответить отрицательно. Принцип универсального правопреемства закреплен в ст. 1110 ГК РФ, как общее правило. Однако законодатель отходит от этого принципа, предоставляя наследнику как по закону, так и по завещанию, широкие возможности выбирать основание для принятия наследства (абз. 2 п. 2 ст. 1152 ГК РФ). Более того, закон допускает для наследника даже в рамках одного основания выбор, в каком качестве он будет принимать наследство. Например, после смерти наследодателя Иванова остались три сына Петр, Павел, Семён. Петру была завещана квартира наследодателя. Денежный вклад в банке, дача, предметы обычной домашней обстановки остались не завещанными. Петр может унаследовать только завещанную ему квартиру и отказаться наследовать остальное имущество. В случае смерти Павла после открытия наследства, если у него не осталось наследников первой очереди, и он не составил завещания, то у Петра появляется выбор в рамках наследования по закону – принять причитающуюся ему часть незавещанного имущества отца, или принять по праву наследственной трансмиссии ту часть отцовского незавещанного имущества, которая причиталась умершему брату.

В связи с этим вполне допустима ситуация, когда наследник принял только завещанную ему часть имущества и отказался принимать остальное имущество или часть имущества, причитающуюся ему как наследнику по закону.

20 Федеральный закон от 29.11.2007 г. №281-ФЗ.

В случае отсутствия других наследников незавещанная часть имущества становится выморочной, т. е. в российском праве допускается частичная выморочность наследства. В ст. 552 ГК РСФСР 1964 г. содержалось прямое указание на возможность частичной выморочности наследственного имущества.

Распространяются ли правила о призвании к наследству на публично-правовое образование? Следует ли его считать наследником, призванным к наследству?

В законе указывается перечень наследников по закону, которые призываются к наследству – «Наследники по закону призываются к наследованию в порядке очередности, предусмотренной статьями 1142 - 1145 и 1148 настоящего кодекса» (п. 1 ст. 1141 ГК РФ).

В отношении выморочного имущества такого указания не содержится. Возможно перед нами квалифицированное умолчание законодателя? На этот вопрос следует ответить отрицательно. Закон определил общую категорию – «Лица, которые могут призываться к наследованию» (ст. 1116 ГК РФ).²¹ к ним относятся граждане и юридические лица, Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования, иностранные государства и международные организации. При этом физические лица, Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования могут призываться к наследованию как по закону, так и по завещанию.

Наследование выморочного имущества не связано с какой-либо очередностью. Публично-правовые образования всегда призываются к наследованию последними, поскольку их призвание к наследству возможно только в случае, если не унаследуют оставшееся после смерти наследодателя имущество наследники по завещанию или другие наследники по закону.

При призвании публично-правового образования к наследству у него не возникает секундарного права на принятие наследства, а сразу же возникает право на наследство.

Публично-правовое образование не может отказаться от наследства при наследовании выморочного имущества (абз. 2 п. 1 ст. 1157 ГК РФ). Все другие наследники, в том числе и публично-правовые образования, призванные к наследству по завещанию, обладают таким правом (абз. 1 п. 1 ст. 1157 ГК РФ). Публично-правовое образование выступает в качестве необходимого на-

21 «к наследованию по завещанию могут призываться Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования, иностранные государства и международные организации, а к наследованию по закону - Российская Федерация, субъекты Российской Федерации (следует толковать ограничительно на основании ст. 1151 ГК РФ – г. Москва и г. С.-Петербург – А.А. Н.), муниципальные образования в соответствии со статьей 1151 настоящего кодекса». Тире заменяет слова «могут призываться».

следника или наследника по принуждению закона (*der Staat nach dem Gesetz Zwangserbe ist, der Staat als Zwangserbe*).²²

Публично-правовое образование не может быть признано недостойным наследником, как, впрочем, и любое юридическое лицо. Закон прямо указывает, что это правило касается только наследников - физических лиц:

граждан, совершавших умышленные противоправные действия, направленные против наследодателя, кого-либо из его наследников или против осуществления последней воли наследодателя, выраженной в завещании, способствовали либо пытались способствовать призванию их самих или других лиц к наследованию либо способствовали или пытались способствовать увеличению причитающейся им или другим лицам доли наследства (абз. 1 п. 1. ст. 1117 ГК РФ),

граждан, злостно уклонявшихся от выполнения лежавших на них в силу закона обязанностей по содержанию наследодателя (п. 2 ст. 1117 ГК РФ),

родители после детей, в отношении которых родители были в судебном порядке лишены родительских прав и не восстановлены в этих правах ко дню открытия наследства (абз. 2 п. 1. ст. 1117 ГК РФ).

Сложные отношения между публичной властью и гражданами РФ, когда государство не исполняло или ненадлежащим образом исполняло свои обязанности по социальному обеспечению умершего гражданина, или вследствие государственной социально-экономической политики наследодатель оказался в тяжелом материальном положении, приводит некоторых современных российских авторов к выдвиганию предложений включить в закон нормы о признании государства недостойным наследником.²³

В связи с этим следует отметить, что данные предложения противоречат самой сути права выморочного имущества. По смыслу закона последним всегда остается государство как необходимый наследник, поэтому государство как законный наследник не может отпасть вследствие его недостойности.²⁴

По причине того, что государство или иное публично-правовое образование является последним законным наследником, наследодатель не может лишить наследства публично-правовое образование. Следует истолковывать п. 1 ст. 1119 ГК РФ ограничительно. Завещатель вправе лишить наследника по закону наследства, кроме наследника выморочного имущества. Распоряжение

22 Brox H. *Erbrecht*. Koeln, etc. 1994. S. 55-56.

23 Котухова М.В. *Гражданско-правовое регулирование отношений с выморочным имуществом в наследственном праве РФ*. Автореф. М. 2007.

24 Brox H. *Erbrecht*. Koeln, etc. 1994. S. 56.

наследодателя о лишении наследства публично-правового образования следует признать недействительным, как противоречащим закону.

Возможен ли отказ от наследства в пользу публично-правового образования?

В отличие от ранее действующего закона, который прямо указывал на возможность отказа от наследства в пользу государства (ст. 552 ГК РСФСР),²⁵ в ныне действующем Гражданском кодексе такое правило отсутствует. Нынешние правила о наследовании допускают возможность совершить направленный отказ в пользу публичного образования только в том случае, когда публично-правовое образование назначено наследодателем наследником по завещанию. Если публично-правовое образование отказалось наследовать по завещанию или не приняло наследство на этом основании, то следует иметь в виду, что в п. 2 ст. 1158 ГК РФ содержится прямой запрет: «Отказ от наследства в пользу лиц, не указанных в пункте 1 настоящей статьи, не допускается». В п. 1 ст. 1158 ГК РФ указаны лица, в пользу которых наследник вправе отказаться от наследства: наследники по завещанию, наследники по закону любой очереди, в том числе призванных по праву представления и в порядке наследственной трансмиссии, не лишенных наследства в соответствии с п. 1 ст. 1119 ГК РФ. Следует обратить внимание на указание законодателя на то, что направленный отказ возможен только в отношении *наследников какой-либо очереди*. Наследование выморочного имущества не относится к какой-либо очереди наследования, поэтому при наследовании части имущества как выморочного публичным образованием наследник по завещанию, наследующий другую часть наследственного имущества, не вправе отказаться в пользу этого образования от причитающегося ему наследства. Расширительного толкования в этом случае быть не может, т. к. п. 2 ст. 1158 прямо говорит о закрытом перечне таких лиц.

Возможно ли обременить публично-правовое образование легатом или модусом?

В римском праве установилось мнение, выраженное Гаем, что в случае перехода наследственного имущества к фиску, сохраняются легаты и распоряжения об отпуске рабов на свободу.²⁶ Юлиан прямо говорит о необходимости совершить предоставления по фидеикомиссам и легатам, которыми был обременен наследник, при переходе выморочного имущества к фиску.²⁷ Римляне, с некоторыми оговорками, допускали возможность обременить государ-

25 Бондарев Н.И., Эйдинова Э.Б., Яковлева А.Л. Нотариат. «Юридическая литература». М. 1968. С. 69.

26 D. 49. 14. 14 – cum ex quibuslibet aliis causis fisco vindicatas hereditatibus et libertates et legata manent.

27 D. 30. 96. 1 – quotiens lege lulia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres a quo relicta errant.

ство с помощью завещания обязанностью предоставить содержание частным лицам.²⁸

В русском дореволюционном наследственном праве не признавалась сама возможность обременить завещательным отказом наследника по закону.²⁹ В соответствии с ГК РСФСР 1922 г. обременение легатом государства было невозможно, т. к. ст. 423 прямо отсылает к ст. 418, где указаны только наследники-физические лица. Соответственно государство не обязано исполнять завещательные отказы при переходе к нему выморочного имущества. В отношении *modus'a* Е.А. Флейшиц делает исключение: «...при назначении наследником государственного органа или общественной организации завещатель имеет право указать определенную цель, на которую должно быть употреблено имущество».³⁰

Однако положение коренным образом изменилось с принятием в 1961 г. «Основ гражданского законодательства СССР и союзных республик» и нового ГК РСФСР в 1964 г. Теперь в соответствии с *communis opinio doctorum* наследодатель был вправе обременить легатом любого наследника по завещанию, в том числе и государство.³¹ Эта обязанность оставалась и при наследовании выморочного имущества. Так, В.А. Рясенцев считал, что «даже если наследство, обремененное отказом, получает государство, то и оно обязано выполнить его».³² Такого же мнения придерживается Э.Б. Эйдинова³³ и Ю.К. Толстой: «если наследник, на которого завещатель возложил исполнение легата, отказался от наследства и наследственное имущество в порядке ст. 552 перешло к государству, легатарий вправе требовать исполнение легата от государства в лице соответствующих органов».³⁴

В настоящее время одни ученые считают, что обязанность исполнить завещательный отказ переходит к Российской Федерации, субъектам Российской Федерации и муниципальным образованиям, при переходе к ним выморочного имущества.³⁵

28 D. 34. 1. 20. 1 – *benigna voluntatis interpretatione dici his quoque a re publica praestanda.*

29 Вавин Н.Г. Завещательный отказ по русскому праву. М. 1915. С. 52.

30 Флейшиц Е.А. Завещание и легат в советском гражданском праве // Всесоюзный институт юридических наук. Ученые записки. Вып. VI. М. 1946. С. 84, 94.

31 Иоффе О.С. Советское гражданское право. Курс лекций. Ч. III. (Правоотношения, связанные с продуктами творческой деятельности. Семейное право. Наследственное право). Изд. ЛГУ.Л. 1965. С. 320.

32 Рясенцев В.А. Наследование по закону и по завещанию в СССР. М. 1972. С. 28.

33 Эйдинова Э.Б. Наследование по закону и завещанию. М. 1984. С. 47-48.

34 Иоффе О.С., Толстой Ю.К. Новый Гражданский кодекс РСФСР.Л.: ЛГУ. 1962. С. 429. (автор главы Ю.К. Толстой)

35 Виноградов Р.И., Дмитриева Г.К., Репин В.С. комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / Под общ. рец. проф. В.П. Мозолина. М. 2006. С. 97. Гражданское право: учебник в 3-х т. Т. 3 / Под ред. А.П. Сергеева. М.: Велби. 2009. С. 677 (Н.Н. Аверченко)

Другие ученые и юристы-практики считают, что обязанность по исполнению легата к публичным образованиям не переходит. Они аргументируют свою точку зрения следующими доводами:

- публичное образование не может отказаться от выморочного имущества, поэтому нельзя обязать его в одностороннем порядке. Односторонней сделкой можно обязать лицо только в случае прямо указанном в законе. Такого указания в законе нет, а оно не может предполагаться. Следует указать на ошибочность этого мнения. Такое указание в законе есть – ст. 1140 ГК РФ говорит о переходе к другим наследникам обязанности исполнить завещательный отказ. Публично правовое образование является наследником и в его отношении закон не делает никакого исключения.
- публичное образование наследует имущество не по закону, а «в порядке наследования по закону». Включение в главу 63 «Наследование по закону» правил о наследовании выморочного имущества имеет техническое значение, поскольку было бы неоправданным выделять в отдельную главу весьма краткие правила о наследовании выморочного имущества. Публичное образование не становится наследником по закону. Оно становится наследником в порядке наследования по закону. Следовательно, публичное образование не обязано исполнять завещательный отказ. В силу прямого указания закона обязанностями к исполнению легата лицами могут быть только наследники по завещанию или по закону (п. 1 ст. 1137 ГК РФ).

Кроме выше приведенных аргументов мы можем рассмотреть эти доводы с точки зрения *Begriffsjurisprudenz*.

Обязательство из завещательного отказа является обязательством *sui generis*. Это обязательство исполняется только в пределах стоимости перешедшего к обязанному лицу наследственного имущества. Публичное образование, приобретая выморочное имущество, получает имущественную выгоду, происходит увеличение его имущества. Завещательный отказ может только уменьшить размер этой выгоды, но никак не обязывает наследника к большему, чем он получает из наследственного имущества. Завещание - это именно та односторонняя сделка, которой одно лицо вправе обязать другое исполнить указанные в нём распоряжения.

Допустим, что публичное образование при наследовании выморочного имущества не становится наследником по закону, а становится наследником «в порядке наследования по закону». Что же это за «порядок наследования по закону»? Порядок наследования по закону, прежде всего, определен в главе 63 ГК РФ. Правила, связанные с наследованием по закону, содержатся и в других

главах и статьях кодекса. какие же правила следует применять при наследовании по закону и при наследовании «в порядке наследования по закону»? Сам закон на этот счет никаких специальных указаний не содержит. Следовательно, к наследованию «в порядке наследования по закону» применяются правила наследования по закону, в том числе и правила о переходе к наследнику по закону обязанности исполнить завещательный отказ (ст. 1140 ГК РФ). Однако если последовательно придерживаться противоположной точки зрения, то следует признать, что у нас есть третье основание наследования – «в порядке наследования по закону». Тогда можно предположить, что кроме наследования по закону и завещанию имеются и другие основания наследования. В этом случае появятся самостоятельные группы наследников - наследники по праву представления, по праву наследственной трансмиссии, необходимые наследники, подназначенные наследники, наследники, призванные к наследству в результате направленного отказа от наследства другого наследника и т. п. Следуя этой логике, необходимо будет признать, что в отношении всех этих наследников действуют иные правила, чем в отношении наследников по завещанию и по закону. Такое предположение противоречит указанию ст. 1111 ГК РФ, где прямо говорится, что наследование осуществляется по завещанию и по закону.

Следует также обратить внимание на то, что обязанность исполнить завещательный отказ переходит к наследнику, к которому перешла доля наследства наследника, обремененного завещательным отказом. Не только принявший наследство, а любой другой наследник, к которому перешла эта доля, обязан исполнить завещательный отказ. Не случайно законодатель использует понятие «переходит». По закону выморочное имущество *переходит* к публичному образованию, такому наследнику не требуется принимать наследство.

Зарубежное законодательство при выморочности имущества относит государство или иное публично-правовое образование к наследникам по закону, к которым переходит обязанность исполнить завещательный отказ или завещательное возложение.³⁶ Целый ряд кодексов бывших советских республик предусматривают переход обязанности исполнить завещательный отказ в случае наследования имущества как выморочного публично-правовыми образованиями. В случае смерти наследника, на которого была возложена обязанность исполнить легат, или непринятия им наследства «исполнение завещательного

36 В Германии - § 1936, 1942, 1967 BGB – «der Fiskus des Bundesstaats... gesetzlicher Erbe»; в Швейцарии - art. 466 Schweizerisches Zivilgesetzbuch – «Hinterlässt der Erblasser keine Erben, so fällt die Erbschaft an den Kanton, in dem der Erblasser den letzten Wohnsitz gehabt hat, oder an die Gemeinde, die von der Gesetzgebung dieses Kantons als berechtigt bezeichnet wird»; в Австрии - § 760 Österreich Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) – «Wenn kein zur Erbfolge Berechtigter vorhanden ist oder wenn niemand die Erbschaft erwirbt, fällt die Verlassenschaft als ein erbloses Gut dem Staate anheim. Abweichungen von der allgemeinen Erbfolgeordnung»; в Италии – art. 586 Codice Civile – «in mancanza di altri successibili, l'eredità è devoluta allo Stato...Lo Stato non risponde dei debiti ereditari e dei legati oltre il valore dei beni acquistati».

отказа переходит на других наследников, получивших его долю, либо к административно-территориальной единице, если имущество стало выморочным» (п. 5 ст. 1054 ГК Республики Беларусь), «либо к государству или к органу самоуправления граждан, если имущество стало выморочным» (абз. 10 ст. 1132 ГК Республики Узбекистан), «либо к государству, если имущество стало выморочным» (п. 5 ст. 1057 ГК Республики Казахстан), «либо к государству» (п. 5 ст. 1152 Республики Таджикистан), «к государству или органу местного самоуправления, если имущество стало выморочным» (п. 5 ст. 1139 ГК Киргизской Республики).

Последняя проблема, которую хотелось бы обсудить в данной статье, связана с ответственностью наследников по долгам наследодателя. Рассмотрим такую ситуацию: наследник по завещанию принял завещанное ему имущество, которое составляло лишь определенную часть наследственной массы, например, унаследовал завещанную ему квартиру, но не принял загородный земельный участок. Остальное имущество перешло как выморочное к публично-правовому образованию. В каком порядке будут отвечать наследник по завещанию и публично-правовое образование перед кредиторами? В законе сказано, что «наследники, принявшие наследство, отвечают по долгам наследодателя солидарно (статья 323)» (п. 1 ст. 1175 ГК РФ). Однако публично-правовое образование не является наследником, *принявшим наследство*. Для приобретения им выморочного имущества принятие наследства не требуется (п. 1 ст. 1152 ГК РФ).

В силу прямого указания закона, сформулированного в виде императивной нормы, «наследники, принявшие наследство, отвечают по долгам наследодателя солидарно (статья 323)» (п. 1 ст. 1175 ГК РФ), публично-правовое образование не несет солидарную ответственность по долгам наследодателя вместе с наследниками, принявшими наследство. В отношении публично-правового образования будут действовать общие правила об исполнении обязательства, в котором участвуют несколько должников (ст. 321 ГК РФ). Если бы на публично-правовое образование распространялись общие правила о солидарной ответственности наследников, то кредитор, без всякого сомнения, предъявил бы требование по исполнению обязательства к нему. Возлагать на публично-правовое образование, которому не представлена правовая возможность отказаться от наследства, дополнительное бремя по регрессному требованию к другим наследникам было бы совершенно неразумным.

В завершении нашей статьи хотелось бы отметить, что к наследованию выморочного имущества публично-правовым образованием следует применять все нормы наследования по закону, за исключением случаев, прямо предусмотренных в законе.

INHERITANCE OF ESCHEATED PROPERTY IN RUSSIA

The provisions of Art. 1151 of the Civil Code may raise certain questions about the legal nature of the acquisition of escheated property: “Escheated property passes by way of inheritance by operation of law to ownership by Russian Federation...” Why is it that law uses the terms “passes”, “by way of inheritance by operation of law” and not “inherit by operation of law” relating to an escheat? Is there a difference between these terms?

The law defines the general category – “Persons who may be called to inheritance” (Article 1116 Civil Code): the citizens and legal persons, Russian Federation, subjects of the Russian Federation, municipal formations, foreign states and international organizations. The citizens, Russian Federation, subjects of the Russian Federation, municipal formations may be called to inheritance by will and by operation of law.

The use of the words “by way of inheritance” by operation of law or by will is equally to the term “inheritance” by operation of law or by will. We could not find any other meaning by grammatical, systematic and dogmatic interpretation.

Key words:

An inheritance by operation of law, the escheated property, the inheritance of the state.

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ РЕФОРМИРОВАНИЯ ИНСТИТУТА ПРЕКРАЩЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

В настоящее время в России ведется активная работа по реформированию гражданского законодательства. Подготовленный Проект изменений в ГК РФ¹ затрагивает практически все институты гражданского законодательства, в том числе и институт прекращения обязательств. Отдельным «новеллам», предлагаемым Проектом, и посвящена настоящая статья.

I. Зачет

А. Предпосылки зачета. *Зачет (компенсация)* представляет собой способ прекращения взаимных требований двух лиц, каждое из которых является одновременно и должником, и кредитором.

Для того, чтобы наступила возможность зачета, должны быть выполнены определенные позитивные и негативные предпосылки.

Позитивные предпосылки зачета (встречность требований, однородность требований, осуществимость активного требования, исполнимость пассивного требования) отражены в предписаниях ст. 410 ГК РФ. Несмотря на то, что концепция совершенствования общих положений обязательственного права² предполагала решение ряда вопросов, связанных с регулированием позитивных предпосылок зачета,³ последние так и не стали объектом внимания со стороны разработчиков Проекта изменений в ГК РФ.

1 Проект Федерального закона РФ «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (Проект № 47538-6, в ред. принятой ГД РФ в первом чтении 27 апреля 2012 г.)// <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=128204>

2 Концепция совершенствования общих положений обязательственного права России// http://www.privlaw.ru/index.php?section_id=24

3 Так, п. 2.3.2 концепции ОПОП выдвигал проблему т.н. «юридической» однородности зачитываемых требований.

Напротив, регулирование негативных предпосылок (случаев недопустимости) зачета, закрепленных в ст. 411 ГК РФ, подверглось в Проекте определенному реформированию.

Прежде всего, перечень случаев недопустимости зачета предлагается дополнить указанием на требования, вытекающие из натуральных обязательств.

Оценивая данное предложение, следует иметь в виду, что наступление срока является лишь одним из показателей осуществимости активного требования как позитивной предпосылки зачета. В этой связи в литературе указывалось: «при толковании действующего текста ст. 410 ГК РФ необходимо учитывать, что зачет представляет собой «суррогат» исполнения, и при этом, поскольку осуществляется посредством одностороннего преобразовательного акта компенсанта (заявителя), несет в своем механизме некий элемент принудительности в отношении компенсата (адресата заявления). Соответственно необходимо обеспечить, чтобы положение последнего в результате зачета не ухудшилось, по сравнению с тем, каковым бы оно было при предъявлении к компенсату требования об исполнении».⁴ На это обстоятельство обращали внимание и составители международных унификаций. Так, ст. 8.1 (1b) Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА текстуально воплощает предпосылку осуществимости активного требования фразой «срок исполнения обязательства другой стороны наступил». Однако раскрывая содержание этой предпосылки, официальный комментарий указывает: «Поскольку натуральное или моральное обязательство не подлежат принудительному исполнению, первая сторона не может осуществить зачет против такого обязательства, имеющегося у другой стороны».⁵ Аналогичным образом официальный комментарий к ст. 13:101 Принципов Европейского договорного права раскрывает соответствующую предпосылку («cross-claim due») посредством указания на осуществимость («enforceable») такого требования.⁶

В этой связи предложение Проекта выглядит определенным дублированием существующего регулирования и, по сути, не вносит в него изменений. Вместе с тем нормативная техника решения соответствующего вопроса вызывает большие опасения. Включение натуральных требований в перечень ст. 411 ГК РФ («случаи недопустимости зачета») может создать у участников оборота ложное представление о невозможности их использования для зачета ни в качестве активных, ни в качестве пассивных. Однако подобный запрет не

4 Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2010. С. 837 (автор комментария – А.А. Павлов).

5 Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004. М., 2006. С. 288

6 При этом специально подчеркивается, что обязательство, в содержание которого входит активное требование, не должно относиться к натуральным («the cross-claim must not relate to a naturalis obligatio») (Principles of European Contract Law: Parts III / Ed. by O.Lando, E.Clive, A. Prüm and R. Zimmermann / Ed. by O. Lando, E. Clive, A. Prüm and R. Zimmermann. The Hague, London, New York, 2003. P. 140).

соответствует идеям свободы и автономии субъектов гражданского оборота и явился бы неоправданным вмешательством в частные дела. Как указывалось выше, задача законодателя состоит в защите интересов компенсата, как лица, не принимающего участия в зачете, а отнюдь не в ограничении динамики натуральных требований. В этой связи более удачным выглядело бы нормативное решение, наглядно демонстрирующее невозможность одностороннего зачета с требованием из игры или пари или иным натуральным требованием, но указывающее на допустимость зачета против подобных требований.

Еще одним предложением по реформированию предписаний, посвященных негативным предпосылкам зачета, является корректировка правил о зачете заданных требований.

В действующей редакции абз. 2 ст. 411 ГК РФ к числу «случаев недопустимости зачета» отнесена ситуация, «если по заявлению другой стороны к требованию подлежит применению срок исковой давности и этот срок истек».

При всей очевидности идеи законодателя (состоящей опять же в защите интересов компенсата, как должника по заданному требованию), с позиций нормативной техники указанные положения абз. 2 ст. 411 ГК РФ двусмысленны и некорректны. Они не учитывают изменившейся концепции применения института исковой давности («судом по заявлению стороны в споре»), а потому их практическое использование наталкивается на ряд серьезных проблем. Ведь если заявление о зачете осуществляется вне рамок судебного разбирательства, применение исковой давности к такому требованию с позиций действующего российского законодательства оказывается невозможным. В этой связи судебно-арбитражная практика признала, что сторона, получившая заявление о зачете заданного требования, не обязана заявлять о пропуске исковой давности. Она может принудительно реализовать свое требование, объявив произведенный зачет ничтожным со ссылкой на истечение срока исковой давности в отношении встречного требования.⁷ Подобный подход только формально соответствует закону, и вносит неопределенность в положение лица, заявившего о зачете, а также создает возможность для злоупотреблений со стороны должника по заданному требованию (компенсата). Ведь не заявляя о намерении использовать для своей защиты исковую давность, он недобросовестно создает у другой стороны уверенность в результативности произведенного зачета.

К сожалению, предложения Проекта изменений в ГК РФ не решают ни одну из обозначенных проблем. к числу случаев недопустимости зачета Проект

7 См. п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65 «Обзор практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований»// Вестник ВАС РФ. 2002. № 3.

относит «требования, по которым истек срок исковой давности». Тем самым на законодательном уровне предпринята попытка «реставрации» предписаний п/п. 1 ст. 230 ГК РСФСР 1964 г. а вместе с ней и абсолютный запрет на зачет задавненных требований. Подобное решение крайне неудачно. Исключение задавненных требований из числа зачетоспособных не может быть оправдано публичными интересами. Задача законодателя состояла лишь в защите частных интересов компенсата (должника по задавненному требованию). Последнее не может быть принудительно реализовано (абз. 2 п. 2 ст. 199 ГК РФ). А поскольку зачет является «суррогатом» исполнения и обладает свойством принудительности, правила о зачете не должны создавать возможность обхода соответствующих установлений.

Таким образом, законодатель должен был обеспечить компенсату возможность использовать ссылку на истечение давностного срока в качестве механизма защиты, но не может и не должен навязывать ему такую защиту. Для этого следовало бы использовать положительный опыт международных унификаций, рассматривающих задавненное требование способным к зачету в качестве активного, если должник не заявит об истечении исковой давности ранее или не об этом в течение двух месяцев после заявления о зачете.⁸

Хотя концепция совершенствования общих положений обязательственного права провозгласила ориентир на международные принципы договорного права, указанные правила, к сожалению, остались без должного внимания разработчиков Проекта изменений в ГК РФ.

Б. Момент действия зачета. Одним из наиболее важных вопросов института зачета является определение момента прекращения зачитываемых требований.

В современном российском законодательстве этот вопрос не решен. В судебной-арбитражной практике выдвинут подход, согласно которого если встречные требования являются однородными, срок их исполнения наступил и одна из сторон сделала заявление о зачете, то обязательства считаются прекращенными в момент наступления срока исполнения того обязательства, срок исполнения которого наступил позднее, и независимо от того, когда было сделано или получено заявление о зачете.⁹ Таким образом, Президиум ВАС РФ при-

8 Подобные правила закреплены в ст. 10.10. Принципов международных коммерческих договоров УНИ-ДРУА, ст. 14:503 Принципов Европейского договорного права, ст. III. - 7:503 DCFR.

9 См. п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65 «Обзор практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований»// Вестник ВАС РФ. 2002. № 3.

шел к выводу, что заявление о зачете обладает обратной силой (ретроактивным эффектом).¹⁰

Данный подход получил неоднозначную оценку в отечественной цивилистической доктрине. Отдельные исследователи, считая явление обратной силы неотъемлемой характеристикой зачета, всецело поддержали предложенную ВАС РФ концепцию.¹¹ Другие, напротив, указывали, что современное законодательство оснований для подобного вывода не дает.^{12 13}

Следует отметить, что проблема определения момента действия зачета характерна не только для российского законодательства. Отдельные правовые системы (например, скандинавских стран, Египта¹⁴) не признают феномена обратной силы, полагая действие зачета с момента заявления. Напротив, во многих национальных правовых системах, например, в Германии (§ 389 BGB), Швейцарии (abs. 2 art. 124 OR), Греции (art. 441 Astikos Kodikas), Португалии (art. 854 CC), Словении (§ 312 (2) LOA) и ряде других¹⁵ предусмотрены правила, устанавливающие ретроактивное действие заявления о зачете.

Вместе с тем, в современной зарубежной доктрине придание заявлению о зачете обратной силы подвергается критике.¹⁶ Действительно, ссылки сторонников ретроактивного эффекта зачета в обоснование этой концепции

-
- 10 Стоит, однако, обратить внимание на непоследовательность высшей судебной инстанции в отстаивании данного подхода. В том же Информационном письме № 65 Президиум ВАС РФ как минимум дважды (п.п. 10 и 14) делает выводы, вступающие в определенное противоречие с концепцией ретроактивности зачета.
- 11 См., напр.: Сарбаш С.В. Прекращение обязательств зачетом в арбитражной практике// *Хозяйство и право*. 2001. № 10. С. 87; крашенинников Е.А. О моменте действия одностороннего зачета// *Очерки по торговому праву*. Ярославль, 2011. Вып. 18. С. 5-7; Бевзенко Р.С., Фахретдинов Т.Р. Зачет в гражданском праве: Опыт исследования теоретической конструкции и обобщения судебной практики. М., 2006. С. 115-117.
- 12 См., напр.: Васильев Г.С. Вопросы применения зачета взаимных требований// *Труды по гражданскому праву: к 75-летию Ю.к. Толстого*. М., 2003. С. 216; Павлов А.А. Момент прекращения обязательств зачетом (к вопросу о феномене «обратной силы»)// *Арбитражные споры*. 2006. № 4. С. 111-118.
- 13 Дискуссия о моменте прекращения зачитываемых обязательств не является новой для отечественной доктрины. В дореволюционной литературе К. Анненков высказывался за зачет с момента заявления (Анненков К. Система русского гражданского права. Т. 3. Права обязательственные. СПб., 1901. С. 459-460), Н.Г. Вавин – с момента наступления обстоятельств, дающих право на зачет (Вавин Н.Г. Зачет обязательств. Изд-е 2-е. М., 1914. С. 30-32). Сторонниками признания обратной силы зачета в советское время выступали М.М. Агарков (*Гражданское право/ под ред. М.М. Агаркова и Д.М. Генкина*. М., 1944. Т. 1. С. 389), И.Б. Новицкий (Новицкий И.Б. Обязательственное право. Общие положения: комментарий к ст. 106-129. М., 1925. С. 83) и Л.А. Лунц (Новицкий И.Б., Лунц Л.А. *Общее учение об обязательстве*. М., 1950. С. 403).
- 14 Подробнее см.: *Principles of European Contract Law: Parts III / Ed. by O. Lando, E. Clive, A. Prüm and R. Zimmermann*. P. 153; *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). 6 Volumes/ Ed. by C. von Bar and E. Clive*. Oxford, 2010. P.1132-1133; Working Group for the preparation of Principles of International Commercial Contracts: Summary records of the meeting held in Rome from 3 to 7 June 2002 (Prepared by the Secretariat of UNIDROIT). Rome, September 2002 (UNIDROIT 2002. Study L – Misc. 24, paras. 333-334).
- 15 Подробнее см.: *Principles of European Contract Law: Parts III / Ed. by O. Lando, E. Clive, A. Prüm and R. Zimmermann*. P. 153; *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). 6 Volumes/ Ed. by C. von Bar and E. Clive*. P.1132-1133.
- 16 См.: Zimmermann R. *Comparative foundations of a European law of set-off and prescription*. Cambridge Univ. Press, 2002. P. 39-40; *Principles of European Contract Law: Parts III*.P. 153.

на «потребности жизни», «подразумеваемые интересы сторон», идеи добросовестности и справедливости¹⁷, выглядят достаточно спекулятивно.

Свой интерес стороны наглядно демонстрируют своим поведением. И если они не делают заявления о зачете, следовательно, они не желают прекращения соответствующих требований. Утверждать обратное, значит, противоречить действительности. Если же «лицо не подозревает о возможности прекратить обязательства зачетом, то оно и не может надеяться на предоставление ему какой-либо защиты. Выгоды, возникающие для этого лица при режиме ретроактивного действия, окажутся для него неожиданной удачей».¹⁸

Попытка представить отказ от ретроактивности при зачете требований, выраженных в различных валютах, как потакание «спекулированию» и недобросовестной наживе на изменении курсов валют, также лишена основания. Подобная ситуация вполне прогнозируема и в рамках противоположного подхода. По признанию видного немецкого компаративиста Р. Schlechtriem'a, феномен ретроактивности также покровительствует такому «спекулированию». Основываясь на выгоде для себя того или иного курса, должник может выбирать, каким образом ему погашать обязательство – исполнением (платежом) или зачетом.¹⁹

Доводы практического характера, на которые ссылаются в обоснование ретроактивности зачета отдельные исследователи, также мало убедительны. Так, трудности в точном установлении даты прекращения зачитываемых требований при перспективном действии зачета²⁰ сильно преувеличены. Случаи, когда они действительно способны возникнуть, единичны. Сами же эти трудности вполне преодолимы и вряд ли так велики, чтобы ради них «принести в жертву теоретическую чистоту» концепции «перспективного» действия зачета, как того требуют сторонники противоположного подхода.

К тому же, идея ретроактивности зачета таит в себе куда большие практические затруднения, поскольку «делает во всяком случае необходимой ревизию правоотношений сторон, сложившихся к моменту, когда одной из сторон сделано заявление о зачете встречного однородного требования».²¹

17 Обзор соответствующей аргументации см.: Zimmermann R. Op. cit. P. 39.

18 Zimmermann R. Op. cit. P. 39-40.

19 См.: Working Group for the preparation of Principles of International Commercial Contracts: Summary records of the meeting held in Rome from 3 to 7 June 2002 (Prepared by the Secretariat of UNIDROIT). Rome, September 2002 (UNIDROIT 2002. Study L – Misc. 24, paras. 330).

20 См.: Working Group for the preparation of Principles of International Commercial Contracts: Set-Off (Position paper prepared by Professor C. Jauffret-Spinozi). Rome, January 2000 (UNIDROIT 2000. Study L – Doc. 62-bis).

21 Витрянский В.В. Вопросы реформирования общих законоположений об обязательствах // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике. М., 2011. С. 228.

С позиций ретроактивного действия зачета остается открытым целый ряд проблем. В частности, не ясно как быть с уже уплаченными процентами²², взысканными за период просрочки штрафными санкциями (тем более что процессуальные механизмы их возврата могут быть уже исчерпаны). Перечень этих проблем можно продолжать достаточно долго.²³ Отсутствие же в национальном законодательстве их адекватных и действенных решений таит в себе значительную угрозу для стабильности оборота, а иногда даже открывает возможность для злоупотреблений.

В целом, несмотря на достаточно широкое отражение феномена обратной силы зачета в национальных законодательствах, аргументы, приводимые в его обоснование далеко не бесспорны, зачастую базируются лишь на традиционности подхода. Как метко отметил R. Zimmermann: «Многое из сказанного защитниками ретроактивности зачета внушено необоснованной верой в то, что эта идея внутренне связана с «сущностью» зачета. Исторически, мы вероятно имеем дело с необдуманным перенесением предложений системы *ius commune*».²⁴

В этой связи показательно, что современные международные унификации предусматривают исключительно *перспективный эффект* действия одностороннего зачета – с момента заявления. Подобные правила закреплены в ст. 8.5 (3) Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА, ст. 8/5 Проекта OHADA, ст. 13:106 Принципов Европейского договорного права и ст. III. - 6:107 DCFR. Распространение действия зачета только на будущее время представляется разработчикам указанных унификаций более естественным правилом, и приводит, по их мнению, к наиболее адекватному результату.²⁵

Данный опыт международных принципов договорного права был воспринят при совершенствовании российского законодательства. Так, Проект изменений в ГК РФ предлагает дополнение ст. 410 ГК РФ положением о том, «обязательство считается прекращенным с момента получения заявления стороны о зачете встречного однородного требования другой стороной». С принятием данных изменений вопрос о моменте действия зачета наконец-то будет решен на законодательном уровне, а отечественный правопорядок получит регули-

22 Не случайно, отдельные правопорядки, предусматривая ретроактивный эффект заявления о зачете, делают специальную оговорку для уже уплаченных процентов. Так, § 197(2) эстонского LOA устанавливает, что если проценты уже были уплачены по одному или по обоим требованиям, зачетом не может быть охвачен период сверх последнего периода, за который уплачены проценты.

23 Подробнее см.: Павлов А.А. Момент прекращения обязательств зачетом (к вопросу о феномене «обратной силы»). С. 116-117.

24 Zimmermann R. Op. cit. P. 40.

25 См.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004. М., 2006. С. 294-295; Principles of European Contract Law: Parts III / Ed. by O. Lando, E. Clive, A. Prüm and R. Zimmermann. P. 151-152, 153-154; Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). 6 Volumes. P. 1131-1132, 1133-1134

рование, соответствующее новейшим общеевропейским и общемировым тенденциям, ратуящим за исключительно «будущий» эффект заявления о зачете.

II. Отступное

А. «Правопрекращающий» эффект отступного. Действующее российское законодательство, посвященное отступному (*datio in solutum*), достаточно лаконично. Предписания ст. 409 ГК РФ дают основание утверждать, что механизм отступного включает в себя: (1) соглашение сторон об отступном и (2) фактическую передачу отступного взамен исполнения. При этом обязательство прекращается только в момент фактического предоставления отступного.

При этом данные законоположения не позволяют дать однозначного ответа на вопрос о правовой природе отступного и его «прекращающем» эффекте. Вопрос, который является объектом жарких дискуссий в современной российской доктрине. В судебно-арбитражной практике последних лет возобладало мнение, согласно которого соглашение об отступном является консенсуальной обязательственной сделкой. Совершение соглашения об отступном приводит к появлению правовых последствий, но не прекращает обязательство. Во временном промежутке между моментом заключения соглашения об отступном и предоставлением отступного, правовую связь должника и кредитора следует охарактеризовать как *факультативное обязательство*. Соответственно, должник обладает возможностью замены первоначального варианта исполнения предоставлением отступного, а кредитор имеет право требования лишь в отношении первоначального предмета исполнения.²⁶

Подобный подход имеет очевидные достоинства. Во-первых, он соответствует нормативным указаниям ст. 409 ГК РФ. Факультативный предмет («суррогат») не выступает предметом обязательства, не является задолженным, а предоставляется именно «взамен» исполнения.²⁷ Во-вторых, его применение позволяет четко отграничить отступное от новации, при которой само соглашение сторон влечет прекращение первоначального обязательства.²⁸

26 См. п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 409 ГК РФ» // Вестник ВАС РФ. 2006. № 4.

27 Доктрическое обоснование подобного подхода см.: Рохлин А. Юридические особенности отношений из отступного // *Хозяйство и право*. 2002. № 7. С. 56; Аминов Е.Р. Новация в российском гражданском праве: Дисс. канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2011. С. 114-117.

28 Это не игнорируется авторами, настаивающими, что во временном промежутке между моментом заключения соглашения об отступном и предоставлением отступного, правовую связь должника и кредитора следует охарактеризовать как альтернативное обязательство. Соответственно, у должника первоначально имеется право выбора одного из предметов исполнения, а после осуществления им этого права – обязанность предоставить предмет отступного (см.: каган Е. Соглашение о новации или соглашение об отступном // *ЭЖ-Юрист*. 1999. № 19. С. 3).

28 Эта грань становится неочевидной при принятии концепции соглашения об отступном, порождающего альтернативное обязательство, а также в случае признания допустимым в зависимости от усмотрения

Однако указанный подход характеризуется и рядом недостатков. Прежде всего, он лишает институт факультативных обязательств самостоятельного значения, допуская полное отождествление *datio in solutum* с осуществлением *facultas alternativa* должника. Кроме того, при таком подходе «по сути игнорируются права и законные интересы кредитора, которому предлагается еще раз положиться на должника, однажды уже допустившего нарушение первоначального обязательства».²⁹

Указанные недостатки послужили основанием для поиска иных вариантов объяснения правовой природы и правопрекращающего эффекта отступного. Разработчиками концепции совершенствования общих положений обязательственного права были предложены два рабочих варианта. «Во-первых, можно рассматривать в качестве отступного принятие кредитором иного исполнения взамен надлежащего, осуществляемое им с выдачей должнику расписки или иного документа, подтверждающего получение исполнения. Во-вторых, допустим подход, в соответствии с которым необходимо заключение соглашения сторон об отступном, порождающего право кредитора требовать на свой выбор при непредставлении ему отступного передачи ему либо предмета первоначального обязательства, либо непосредственно отступного. Таким образом, соглашение об отступном повлечет возникновение альтернативного обязательства». В Проекте изменений в ГК РФ воплощен первый из них – соглашению об отступном придан характер *реальной сделки*.

Подобный подход не является новым ни для отечественной,³⁰ ни для зарубежной³¹ цивилистической доктрины. Он лишен обозначенных выше недостатков и в явно выгодную сторону отличается от предлагавшегося варианта «альтернативности». Вместе с тем, сам по себе этот подход не идеален. В литературе уже обращалось внимание, что понятие реального договора «входит в категориальный аппарат учения обосновании обязательства, в то время как *datio in solutum* служит основанием прекращения обязательства. Кроме того, в самом понятии реального договора заложено, что он связан с вещами, которые передаются в собственность или во владение, тогда как предметом предоставления вместо исполнения могут быть не только вещи, но и требования».³² В этой связи более удачным был бы подход, согласно которому соглашение

сторон определить правовую связь должника и кредитора во временном промежутке между моментом заключения соглашения об отступном и предоставлением отступного как альтернативное или как факультативное обязательство (См.: Бациев В.В. Обязательство, осложненное условием об отступном (замене исполнения). М., 2003. С. 102-103).

29 Витрянский В.В. Вопросы реформирования общих законоположений об обязательствах. С. 227.

30 См., напр.: Бабаев А.Б. Соглашение о новации, предоставлении отступного и прощение долга// Законодательство. 2001. № 9. С. 17.

31 Подробнее см.: Крашенинников Е.А. К проблематике предоставления вместо исполнения// Очерки по торговому праву. Ярославль, 2002. Вып. 9. С. 36.

32 Там же.

об отступном, представляя собой лишь элемент фактического состава, не рассматривалось бы в качестве *обязательственной сделки*.³³ Однако, видимо, скудность гражданско-правового инструментария, имеющегося в распоряжении отечественного законодателя, не позволила воплотить данный подход.

Вызывает определенные возражения и нормативная техника, воплощающая указанное предложение. По смыслу п. 2 ст. 433 ГК РФ, реальный характер гражданско-правовой сделки должен быть предусмотрен законом. Однако в качестве реальной сделки отступное определяется лишь в Пояснительной записке к Проекту изменений в ГК РФ³⁴, которая сама по себе регулятором гражданских правоотношений не является и возможность использования которой для толкования предписаний ГК РФ вызывает определенные сомнения. В то же время текст измененной ст. 409 ГК РФ исчерпывается следующим: «По соглашению сторон обязательство может быть прекращено предоставлением отступного: уплатой денежных средств или передачей иного имущества». Буквальное прочтение данных предписаний не способно очевидно обосновать реальный характер соглашения об отступном, а следовательно породит для участников оборота трудности понимания законодательной конструкции.

Б. Предмет отступного. В качестве возможных предметов отступного действующая редакция ст. 409 ГК РФ называет уплату денег и передачу имущества. При этом открытый характер перечня возможных предметов отступного, дает основание признать возможным предоставление в качестве отступного требований, в том числе воплощенных в ценных бумагах³⁵, иных имущественных прав (например, исключительных). Догматически обосновывается допустимость предоставления отступного в виде результата работ или оказания услуг.³⁶

К сожалению, предлагаемая Проектом изменений в ГК РФ редакция ст. 409 ГК РФ лишает соответствующий перечень открытого характера. С учетом того, что соответствующее предложение об ограничении предметов отступного не выдвигалось ни в концепции совершенствования общих положений обязательственного права, ни в концепции развития гражданского законода-

33 См.: Бабаев М.М. Отступное и новация в гражданском праве России: Автореф. дисс. канд. юрид. наук. М., 2010. С. 23-26; Крашенинников Е.А. к проблематике предоставления вместо исполнения. С. 35-36, 38-39.

34 Пояснительная записка «К проекту Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»»// <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=PRJ;n=93951>

35 См. п. 35 постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 4 декабря 2000 г. № 33/14 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с обращением векселей»// Вестник ВАС РФ. 2001. № 2.

36 См.: Крашенинников Е.А. к проблематике предоставления вместо исполнения. С. 40; комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая/ Под ред. А.П. Сергеева. С. 834 (автор комментария – А.А. Павлов).

тельства³⁷, мы видимо имеем дело с очередным пороком юридической техники, который явно не красит законодательство и способен породить сложности правопонимания и правоприменения.

III. Новация

А. Новое обязательство. *Новация* (замена обязательства) представляет собой соглашение, по которому стороны договариваются о замене одного связывающего их обязательства каким-либо другим, новым обязательством. В результате новации первоначальное обязательство прекращается, но участники не порывают правовых связей друг с другом, т. к. на базе прекращенного возникает согласованное между ними новое обязательство.

Описывая это новое обязательство, действующая редакция п. 1 ст. 414 ГК РФ указывает на «новый предмет или способ исполнения». к сожалению, данные характеристики зачастую воспринимаются участниками оборота и правоприменителями в качестве обязательных атрибутов новации. Наличие нового предмета или способа исполнения рассматриваются в качестве квалифицирующего признака новационного соглашения и используются для целей отграничения новации от смежных правовых явлений.

Вместе с тем, это очевидно не так. Во-первых, новацией следует считать не только изменение способа исполнения или предмета (например, замену денежного обязательства обязательством по передаче иного предмета), но и вида обязательства (например, новацию обязательства по передаче имущества обязательством по оказанию услуг).³⁸

Во-вторых, в современных условиях достаточно остро стоит вопрос об отграничении новации от изменения отдельных условий обязательства, дополнений и уточнений ранее действовавшего договора. В отличие от новации, в последнем случае обязательство не прекращается, а продолжает действовать в измененном виде. Соответственно, такое изменение не влечет правовых последствий новации, способы обеспечения, установленные первоначальным обязательством, сохраняют свое действие и без специальной о том оговорки. При этом *единственным универсальным критерием* для разграничения новации и изменения договора является *animus novandi* (намерение обновить). Попытки представить в подобном качестве «новый предмет или способ исполнения» абсолютно бесплодны. Так, изменение способа исполнения (т.е. порядка совершения должником действий по исполнению обязательства) далеко

37 Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации// <http://www.kadis.ru/texts/index.phtml?id=42652&PrintVersion=1>

38 Подробнее см.: Павлов А.А. Условия и последствия новации// Вестник ВАС РФ. 2006. № 8. С. 10.

не всегда означает замену обязательства. В частности, предоставление покупателю отсрочки (рассрочки) оплаты очевидно прекращения обязательства не влечет. Равно не являются новацией случаи изменения срока исполнения³⁹, порядка платежа, размера ответственности, дополнительного возложения обязанности по доставке и т.п.⁴⁰

Напротив, новация принципиально допускает полную идентичность предмета и способа исполнения нового обязательства (например, при новации долга в заемное обязательство).

С учетом сказанного, содержащееся в Проекте изменений в ГК РФ предложение исключить из определения новации указание на «новый предмет или способ исполнения» новизирующего обязательства абсолютно оправдано и заслуживает поддержки.

Б. Допустимость новации. Поскольку возможность заключения соглашения о новации вытекает из самого понятия договора, следует признать, что стороны свободны в решении вопроса о заключении такого соглашения. Ограничением такой свободы являются установленные законом случаи недопустимости новации. В частности, действующая редакция п. 2 ст. 414 ГК РФ содержит императивное правило, исключающее новацию в отношении обязательств по возмещению вреда, причиненного жизни или здоровью, а также алиментных обязательств. Причины такого запрета достаточно очевидны и кроются в строго целевом характере указанных обязательств, исключающем возможность их прекращения способом иным, нежели исполнение.

Действующая редакция п. 2 ст. 414 ГК РФ устанавливает соответствующие запреты абсолютным образом, распространяя их действие на алименты (возмещение вреда жизни или здоровью) как взыскиваемые по решению суда, так уплачиваемые добровольно, на основании соответствующего соглашения сторон.

Однако в отечественной литературе было высказано мнение о необходимости исключить алименты, уплачиваемые на основании алиментного соглашения, из под действия запрета п. 2 ст. 414 ГК РФ. Данный подход обосновывался ссылкой на п. 2 ст. 101 Ск РФ, допускающей возможность сторон в любое время по взаимному согласию изменить или расторгнуть соглашения об уплате алиментов.⁴¹ Подобная позиция достаточно сомнительна.

39 В виду некорректности правил п. 1 ст. 414 ГК РФ, высшая судебная инстанция вынуждена была обосновать соответствующий вывод посредством достаточно спорного толкования категории «способ исполнения обязательства» (см. п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 103 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 414 ГК РФ»// Вестник ВАС РФ. 2006. № 4).

40 Подробнее см.: Павлов А.А. Условия и последствия новации. С. 10-11.

41 См.: комментарий к ГК РФ, части первой (постатейный) / Под ред. О.Н. Садикова. 2-е изд. М., 2002. С. 787 (автор главы – О.Ю. Шилохвост).

Во-первых, с сущностной точки зрения, соглашение об уплате алиментов не порождает алиментное обязательство (последнее возникает на основании юридического состава, включающего состояние родства или иное семейное состояние, а также, в большинстве случаев, нетрудоспособность и нуждаемость получателя алиментов), а лишь *определяет порядок его исполнения*. Соответственно, поскольку заключение алиментного соглашения не является основанием возникновения алиментного обязательства, расторжение этого соглашения не выступает основанием прекращения такого обязательства, и само по себе не погашает алиментную обязанность соответствующего лица. Во-вторых, с позиций политики права, ослабление указанного запрета выхолащивает его сущность, поскольку создает достаточно простую и очевидную возможность «легального» обхода императивных норм законодательства (ст. 411 ГК РФ), и тем самым, нарушения интересов получателей алиментов. Так, достаточно новировать алиментное обязательство в заемное, а затем погасить последнее зачетом встречного однородного требования.

К сожалению, эти аргументы не были услышаны составителями концепции развития гражданского законодательства. Последние сочли необходимым, в целях гармонизации с новыми диспозитивными нормами семейного законодательства, снабдить правило о недопущении новации в отношении обязательств по возмещению вреда, причиненного жизни или здоровью, и по уплате алиментов (п. 2 ст. 414 Гк РФ) оговоркой «если иное не установлено законом».

Само данное предложение не бесспорно, и отражает, скорее частную позицию разработчиков концепции, нежели современное состояние отечественной цивилистической доктрины. Однако нормативная техника воплощения этой идеи в Проекте изменений в ГК РФ, оказалась еще более радикальной и неудачной. Пункт 2 ст. 414 ГК РФ, устанавливающий запрет новации «целевых» обязательств, планируется исключить вовсе. А вместо него, общее правило п. 1 ст. 414 ГК РФ предложено дополнить «обратной» оговоркой: «Обязательство прекращается соглашением сторон о замене первоначального обязательства, существовавшего между ними, другим обязательством между теми же лицами (новация), *если иное не установлено законом или не вытекает из существа отношений*».

Этот подход не выдерживает критики. Он сводит на «нет» защиту интересов граждан, нуждающихся в денежных средствах в целях обеспечения своего существования как личности (получателей алиментов, потерпевших от причинения вреда здоровью или вследствие потери кормильца). Он лишает оборот прозрачности и стабильности, поскольку достоверно утверждать существование какого отношения исключит применение общего правила оказывается невозможно. Это грозит как потенциально чрезмерным расширением круга обяза-

тельств, новация, которых будет признана недопустимой, так и напротив, их возможно чрезмерным сужением. С точки зрения политики права, в условиях свободы договора, любое ее ограничение много целесообразнее устанавливать прямо, нежели посредством витиеватой отсылки к «существу отношений». Наконец, буквальное прочтение предлагаемой редакции п. 1 ст. 414 ГК РФ вообще способно породить сомнения относительно направленности фразы «если иное не установлено законом или не вытекает из существа отношения»: касается ли она сферы применения новации или ее эффекта. Все это позволяет оценить данную «новеллу» как крайне неудовлетворительную.

SOME OF THE ISSUES OF THE REFORM INSTITUTE OF TERMINATION OF OBLIGATIONS

This article is dedicated to the issues of termination of obligations. The author considers the Russian law of set-off, *datio in solutum*, novation. Special attention is dedicated to the Draft of amendments to the Civil code of Russian Federation. In this paper estimation is given to proposals to reform the institute of termination of obligations, marked with their advantages and disadvantages.

Key words:

Obligation; termination of obligations; set-off; *datio in solutum*; novation; Draft of amendments to the Civil code of Russian Federation.

ОБЩИЙ ПОДХОД К РЕГУЛИРОВАНИЮ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ ОТНОШЕНИЙ

1. Характерной чертой экономики последних десятилетий является расширение кредита и появление новых форм кредитования. Развитие кредита объективно требует развития обеспечительных инструментов. Подтверждением тому являются активные шаги, предпринимаемые Европейским Союзом для лучшего регулирования отдельных видов обеспечительных отношений.¹ В рамках работы Евросоюза по гармонизации частного права создан документ под названием «Принципы, Определения и Модельные правила Европейского частного права. Проект общей справочной схемы (далее – DCFR)». Вместе с комментариями это произведение имеет весьма внушительный объем.² Две больших раздела Модельных правил посвящены обеспечениям: раздел G книги IV «Личное обеспечительное обязательство» и книга IX «Реальные обеспечения, обременяющие движимое имущество».

Особенностью законодательства и доктрины в области обеспечительных отношений традиционно является недостаток внимания к общим положениям об обеспечениях. В классической литературе по цивилистике уделено достаточно внимания отдельным видам обеспечений, в основном поручительству и залогу, но теоретические положения об обеспечениях вообще практически не исследуются. Из отечественных монографий можно назвать только работу Б.М. Гонгало.³ Но ее большая часть посвящена анализу отдельных видов обеспечений, а в общетеоретической части нет ответа на многие вопросы, поставленных развитием обеспечительных отношений на рубеже веков. Относительно недавно на русский язык переведена работа Х. Вебера⁴, в которой

1 См., например, Directive 2002/47/EC of 6 June 2002 on financial collateral arrangements // Official Journal of the European Communities 168. 27.6.2002. P. 43.

2 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Edited by Christian von Bar and Eric Clive. Volumes I-VI. Sellier. Munich, 2009.

3 Гонгало Б.М. Обеспечение исполнения обязательств. М., 1999.

4 Вебер Х. Обеспечение обязательств. М., 2009.

автор, впрочем, не ставит задачу разработки общетеоретических положений. Статьи по теме также немногочисленны.⁵

Столь же лапидарны законодательные положения, регулирующие обеспечительные отношения в целом. В действующем Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ) они сосредоточены в статье 329⁶ и явно недостаточны для ответа на многие вопросы, возникающие в практике использования обеспечений. В том числе, на главный вопрос: по каким критериям можно отнести к обеспечениям те многочисленные нестандартные инструменты, которые современный оборот пытается предложить кредиторам в качестве гарантий исполнения должниками обязательств. Между тем, выявление этих критериев необходимо, поскольку перечень обеспечений открыт (см. п. 1 ст. 329 ГК РФ). Иначе говоря, законодатель разрешает участникам оборота «придумывать» обеспечения, и при этом нередко связывает с наличием *обеспечения* специальные правовые последствия.⁷

Указав признаки, по которым тот или иной инструмент может быть отнесен к обеспечительным, необходимо выявить принципы, в соответствии с которыми надлежит регулировать права и обязанности вовлеченных в отношения лиц.

Обеспечение необходимо только на случай конкуренции прав кредитора с правами других лиц. Поэтому особенностью обеспечительных отношений является их сложная структура. В эти отношения включены: должник; кредитор, которому предоставлено обеспечение; другие кредиторы должника; лица, предоставившие обеспечение (обеспечительные должники), притом предоставившие обеспечения разных видов. Иначе говоря, обеспечение всегда поро-

5 См.: Белов В.А. Теоретические проблемы учения о способах обеспечения исполнения обязательств // Законы России: опыт, анализ, практика. 2006 г. № 6. Нигматулина Л.Б. Понятие и юридическая природа обеспечительного правоотношения. Юридический мир. 2001. Июль. Рассказова Н.Ю. к учению об обеспечении обязательств // Правоведение. 2004. № 4.

6 «Статья 329. Способы обеспечения исполнения обязательств

1. Исполнение обязательств может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, банковской гарантией, задатком и другими способами, предусмотренными законом или договором.

2. Недействительность соглашения об обеспечении исполнения обязательства не влечет недействительности этого обязательства (основного обязательства).

3. Недействительность основного обязательства влечет недействительность обеспечивающего его обязательства, если иное не установлено законом».

7 Например, ст. 102 ГК РФ: «...акционерное общество вправе выпускать облигации на сумму, не превышающую размер уставного капитала либо величину обеспечения, предоставленного обществу в этих целях третьими лицами, после полной оплаты уставного капитала»; ст. 384 ГК РФ: «...к новому кредитору переходят права, обеспечивающие исполнение обязательства...»; ст. 813 ГК РФ: «при невыполнении заемщиком предусмотренных договором, предусматривающего передачу под выплату ренты денежной суммы или иного движимого имущества, является условие, устанавливающее обязанность плательщика ренты предоставить обеспечение исполнения его обязательств...»; ст. 813 ГК РФ: «при невыполнении заемщиком предусмотренных договором займа обязанностей по обеспечению возврата суммы займа, а также при утрате обеспечения или ухудшении его условий по обстоятельствам, за которые займодавец не отвечает, займодавец вправе потребовать от заемщика досрочного возврата суммы займа и уплаты причитающихся процентов...».

ждает правовую конструкцию, включающую несколько правоотношений и затрагивающую интересы более двух, а часто - много более двух, лиц. Но если так, то необходимо определить логику разрешения противоречий между интересами заинтересованных лиц.

Явно недостаточно регулирование отношений, возникающих после исполнения обеспеченного обязательства одним из обеспечительных должников. Правила, установленные для обеспечений отдельных видов недостаточны. Поскольку исполнение обязательства может одновременно обеспечиваться поручительством, залогом, и т. д., после реализации одного из обеспечений, возникают отношения, в которых участвуют должники, предоставившие обеспечения разных видов. Это с необходимостью предполагает наличие общих норм, применимых при любой комбинации обеспечений.

Поскольку отличительные признаки обеспечительных отношений имеют значение для квалификации трансграничных сделок и определения их последствий, поставленные вопросы требуют решения и на наднациональном уровне.

Перечисленные проблемы (а это лишь самые очевидные) позволяют уверенно утверждать, что выработка общего подхода к регулированию обеспечительных отношений является насущной задачей правовой науки и законодателя.

2. Представляется, что все разнообразные обеспечительные инструменты объединяет цель, ради которой они используются. В цивилистике вопрос о цели действий сторон разрешается с помощью понятия о материальном основании сделки и порожденного ею обязательства, то есть понятия о каузе.

Не ставя задачей специально исследовать вопрос о каузе, мы будем исходить из ее классического понимания. Вопрос о каузе – это вопрос о том, зачем лицо совершило сделку и вступило в обязательство (почему передало вещь, обещало уплатить деньги и т. д.), что оно хочет получить в качестве эквивалента за свое предоставление. кауза – та *непосредственная правовая цель*, которую преследует сторона, совершая сделку или вступая в обязательство.⁸

Какова же кауза обеспечительной сделки и возникающего из нее обеспечительного обязательства? Поскольку цель осознается и формулируется на основе интереса, логично начать с анализа того интереса, который руководит сторонами обеспечительного обязательства. Очевидно, этот интерес связан с созданием обеспечения, т. е. с желанием предоставить кредитору (получить

8 Кривцов А.С. Абстрактные и материальные обязательства в римском и в современном гражданском праве. М., 2003. С. 124; Гамбаров Ю.С. Гражданское право: Общая часть. М., 2003. С. 709-712; Хвостов В.М. Система римского права. М., 1996. С. 170-178, и др.

от должника) дополнительную гарантию исполнения основного обязательства. Назовем этот особый интерес *обеспечительным*.

Именно он заставляет заинтересованных лиц создавать обеспечения. Он же формирует особое основание обеспечительных обязательств, особую каузу. Назовем ее по аналогии – *обеспечительной*.

По содержанию обеспечительная кауза существенно отличается от традиционно выделяемых *causa donandi*, *causa credendi* и *causa solvendi*. Должник в обеспечительном обязательстве обязывается не потому, что хочет соответственно одарить кредитора, получить что-либо от него или освободиться от долга перед ним. Он преследует особый – обеспечительный - интерес, и основанием его действий является цель удовлетворения именно этого интереса. Наличие особой каузы, лежащей в основе обеспечительных отношений, признавал А. С. Кривцов. Исследуя различные договоры с точки зрения их каузы, он включает в перечень *pinus* (залог), считая, что получение вещи в обеспечение является «достаточным эквивалентом за обязанность возвращения вещи... лежащую на... залоговом верителе. Что же касается до эквивалентной обязанности в пользу... залогодателя... то таковую является... отношение, которому закладное право составляет *accessorium*».⁹

В чем же состоит правовая оригинальность обеспечительной каузы? В том, что она входит в *corpus* одной сделки (обеспечительной), но связана с обстоятельствами, относящимися к другим сделкам и обязательствам. Через нее эти обстоятельства влияют на обеспечительное обязательство. Так, основанием недействительности обеспечительного обязательства является недействительность основного (это положение указано в п. 3 ст. 329 ГК). Это дополнительное основание недействительности, понятно, не устраняет общих оснований (например, обязательство поручителя будет недействительно вследствие порока договора поручительства по субъектному составу и т. д.).

Рассмотрим пример. Стороны заключили договор поручительства в обеспечение возврата заемщиком суммы займа. кауза договора поручительства следует из его определения (ст. 361 ГК): поручитель обязуется платить кредитору потому, что он *хочет обеспечить исполнение* должником договора займа. В данной каузе воплощен обеспечительный интерес, о котором мы говорили выше. Этот интерес, а через него и кауза поручительства, связаны с договором займа. каким образом? Наличие долга заемщика включается в содержание каузы договора поручительства. Если окажется, что долга нет (например, не было факта передачи денег заемщику), у сторон пропадает обеспечитель-

⁹ Кривцов А.С. Абстрактные и материальные обязательства в римском и в современном гражданском праве. С. 124-125.

ный интерес. Отсутствие обеспечительного интереса порочит обеспечительную каузу договора поручительства. Поскольку кауза входит в *corpus* сделки как основания обязательства,¹⁰ ее порок влечет недействительность договора поручительства и обязательства поручителя.

Важно подчеркнуть, что связь между обеспечением (его каузой) и основным обязательством носит именно *юридический* характер. Гарантировать исполнение основного обязательства можно с помощью различных правовых инструментов. Между ними (обязательством и инструментом) всегда будет существовать фактическая связь (иначе откуда возникнет проблема гарантии исполнения?). Но из этого с необходимостью не следует наличия между ними и правовой связи. Так, выдача банковской гарантии (*independent guaranty*) всегда фактически связана с основным обязательством. Но в силу ст. 370 ГК РФ «Независимость банковской гарантии от основного обязательства» эта связь не имеет правового значения.

В ряде случаев обеспечительные обязательства возникают не на основании сделки, а в силу указанных в законе обстоятельств (п. 5 ст. 488, ст. 532, ст. 587 и др. ГК РФ). При этом законодатель исходит из предположения о наличии у сторон обязательства обеспечительного интереса. В этом случае наличие обеспечительной каузы следует из закона.

3. Обеспечительная кауза (обеспечительная цель) объясняет и механизм действия обеспечения. Основой этого механизма является признание служебной роли обеспечительных обязательств. Чему служит обеспечение? Оно создает для кредитора в основном обязательстве дополнительный, внешний по отношению к этому обязательству источник его исполнения. Если правовой инструмент создан с обеспечительной целью, он существует ради достижения этой цели. ко всем обеспечениям применимо сказанное И.А. Покровским по поводу залога: «Закладное право имеет служебный характер: оно должно лишь обеспечивать требование кредитора и потому является отношением добавочным к личному обязательственному отношению между кредитором и должником».¹¹

Отпадение у лица обеспечительной цели должно означать для него прекращение обеспечения. Если из условий уступки прав по основному обязательству не следует, что к цессионарию перешли права по обеспечительному обязательству, это обязательство полагается прекращенным.¹² Изначальное отсутствие в отношениях сторон обеспечительной цели означает, соответственно, что обеспечение не может считаться возникшим. Так, суд признал дого-

10 Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Т. 1: Часть общая. СПб., 1911. С. 707.

11 Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 218.

12 См. постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 6 марта 2002 г. N 7144/01.

вор о залоге, заключенный обществом после уступки прав из основного обязательства, ничтожным.¹³

Из сказанного с необходимостью вытекает утверждение о том, что в основном и обеспечительном обязательствах кредитором должно являться одно и то же лицо. Иной подход создаст отношения, которые, даже при обнаружении их экономической целесообразности, нельзя квалифицировать как обеспечительные. По этой причине нельзя согласиться с предложением о допустимости изолированной уступки прав из основного обязательства с сохранением у cedента прав из обеспечительного обязательства.¹⁴

Подчеркнем, что сделанный вывод должен применяться как к акцессорным, так и к независимым обеспечениям. конечно, в отношении последних необходимо специальное обоснование их служебной роли. Акцессорное обеспечение в силу своей природы связано с правом из конкретного основного обязательства и при перемене лиц в этом обязательстве либо следуют за ним (это общее правило – ст. 384 ГК РФ), либо прекращается. Но как связать с правами из основного обязательства независимое от него обеспечение? Например, бенефициар по банковской гарантии уступил право требования из основного обязательства третьему лицу. Сохраняет ли он право требовать исполнения по гарантии? Ответ должен быть дан с учетом следующего обстоятельства. Независимость банковской гарантии проявляется в отношениях между бенефициаром и гарантом (на это прямо указывает ст. 370 ГК РФ). В отношениях же между бенефициаром и принципалом права бенефициара основаны на согласованной сторонами обеспечительной цели, ради достижения которой кредитору (бенефициару) предоставлены права из банковской гарантии. Соответственно, в этих отношениях (отношениях между принципалом и бенефициаром) право бенефициара заявить требование по гарантии оказывается зависимым от основного обязательства. Условия соглашения между принципалом и бенефициаром обязывают бенефициара перед принципалом надлежаче использовать свое право из гарантии, т.е. использовать его в обеспечительных целях. Поэтому требование бенефициара к гаранту, заявленное в противоречии с этой целью (то есть в отсутствии у бенефициара права требования к должнику), в отношениях между бенефициаром и принципалом должно рассматриваться как нарушение условий договора. Последствием такого нарушения явится обязанность должника уплатить не только долг по основному обязательству новому кредитору, но и сумму, уплаченную гарантом по требованию бенефициара, по-

13 См. постановление ФАС Северо-Западного округа от 2 июля 2001 г. N A26-4822/00-01-10/209.

14 Крашенинников Е.А. К вопросу об изолированной уступке права требования, обеспеченного поручительством // Очерки по торговому праву: сборник научных трудов. Выпуск 7, Ярославль, 2000. Критику этой позиции см.: Рассказова Н.Ю. Уступка требования, обеспеченного поручительством // Сборник статей к 55-летию Е.А. Крашенинникова. Ярославль, 2006.

сколькo платежей по банковской гарантии в любом случае осуществляется за его, принципала, счет. При таких обстоятельствах, принципалу должна быть предоставлена защита его интересов. В основе такой защиты, как видим, лежит идея о служебной роли любых обеспечительных обязательств. Вопрос о способах такой защиты требует отдельного рассмотрения, поскольку зависит от деталей регулирования отношений между бенефициаром и гарантом. конечно, стороны основного обязательства могут договориться о сохранении у бенефициара требования по гарантии и в случае уступки права из обеспеченного обязательства. Мотивы такого соглашения могут быть различны: уплата долга третьего лица, авансовый платеж по будущему обязательству и т. д. Очевидно, однако, что такое соглашение преобразует право требования, и оно утрачивает свою обеспечительную природу. Обеспечение не может существовать вне своей служебной по отношению к основному обязательству роли.

4. Почему так трудно понять право иного времени или другого народа, опираясь исключительно на текст закона? Очевидно, по той же причине, по которой трудно получить истинное представление о человеке по его фотографии. Дело в различиях между внешним и внутренним, формой и содержанием, строением и функцией. конечно, право ценно именно своей формальной стороной. Продуманная форма, логически выверенная структура крупных и мелких элементов – необходимые черты права. Поэтому так велика в юристах любовь к стройности правовой системы, так сильно стремление к «симметрии» правового материала (действительно – недействительно, нарушил – не нарушил, черное – белое, и *tertium non datur*). Но сугубо формальный подход к познанию права неплодотворен. Обратимся к яркой метафоре Рудольфа фон Иеринга: «Цель органов лежит в их функциях; органы существуют чтобы производить определенные отправления, с этой целью сообразуется и вся их организация. Насколько это имеет силу для физического организма, настолько и для организма права. И здесь только познание функций права приводит к пониманию его органов, физиология – к истинному пониманию анатомии».¹⁵

Сегодня, как и прежде, необходимо разграничивать формальный и функциональный подходы к познанию, формулированию и толкованию права. Первый с уверенностью можно назвать консервативным, второй характеризует более быстрое и гибкое приспособление правовой системы к потребностям оборота. Мы утверждаем, что при регулировании обеспечительных отношений функциональный подход сегодня является единственно приемлемым.

Начнем с очевидного: формы кредита рождаются из потребностей и возможностей оборота. А в последние десятилетия благодаря информационным технологиям оборот производит несравнимое с прошлым разнообразие кре-

15 Иеринг Р. фон. Дух римского права // Избранные труды. В 2-х т. Т. 2. С. 65.

дита. Спутники кредита – обеспечительные обязательства. Разнообразие кредита с необходимостью требует разнообразия обеспечений. Признание за оборотом права творить новые формы заимствований требует признания за участниками оборота права создавать новые обеспечения. Но «творческая деятельность» оборота ориентирована отнюдь не на сохранение стройной системы правовых конструкций, а на правовые инструменты, хорошо выполняющие свои функции. Желание сохранить симметричной правовую картину мира подавляет оборот, не заботясь в каждом конкретном случае о том, насколько это оправдано. Готовность оценить функциональное значение правового инструмента предполагает не просто доверие к обороту, но признание свободы воли его участников основой нормального развития имущественных отношений.

Иллюстрацией к сказанному является отказ нашей практики признавать соглашения об удержании правового титула в качестве способа обеспечения исполнения обязательств. Суды рассматривали складывающиеся между сторонами отношения исключительно с точки зрения формы. Если у лица сохранилось право собственности – лицо обладает правомочиями собственника, которые могут быть ограничены только в установленном порядке. Соглашение же сторон об удержании титула собственности в обеспечительных целях, в зависимости от обстоятельств, признавалось либо недействительной сделкой (по общему правилу, прикрывающей договор о залоге), либо сделкой, смысл которой был далек от того, что имели ввиду стороны. Только в последнее время обеспечительное удержание титула начало признаваться у нас как правомерный самостоятельный способ обеспечения исполнения обязательств.¹⁶

К обеспечительным обязательствам применяются специальные правила, а кредитор, требования которого обеспечены, приобретает преимущества перед необеспеченными кредиторами. как при открытом перечне обеспечений определить, можно ли подчинять те или иные инструменты обеспечительному правовому режиму?

Рассмотрим пример. Банк готов предоставить Н. кредит под соразмерное обеспечение. Например, под поручительство М. Но М. не желает заключать договор поручительства, однако готов выступить в роли солидарного должника по кредитному договору, не претендуя при этом на получение части кредита. Изменим ситуацию. Н. и М. нуждаются в кредите. кредит предоставляется им как солидарным должникам. Одинаково ли положение М. в первом и втором случаях? С формальной точки зрения – да, одинаково. Но если учесть волю сторон, в первую очередь, самого М., то очевидно, что оно должно отличаться. Ведь правовое положение должника (обычного) и лица, предоставив-

16 См.: Сарбаш С.В. Обеспечительная передача правового титула // Вестник гражданского права. 2008. № 1.

шего обеспечение за другого, различно. Эти различия отчетливо видны на стадии окончательных расчетов между должником и лицом, погасившим его долг.

Как определить, какие нормы применять к отношениям сторон, если один и тот же институт может иметь разные функции (как в приведенном примере - институт солидарной ответственности), и наоборот, разные институты - одну функцию (например, акцессорные личные обеспечения, с одной стороны, и независимые, с другой)? Используемые в обороте обеспечительные конструкции нужно оценивать с точки зрения их функционального назначения. Такой подход опирается на основополагающий принцип гражданского права - принцип свободы воли участников оборота - и поэтому способен обеспечить эффективность правового регулирования. Используя метафору Иеринга, мы утверждаем: если организм нормально функционирует, недостатки его строения несущественны.

Функциональный подход обеспечивает целостность института обеспечительных обязательств и согласованность с нормами других институтов. Например, следуя функциональному подходу, необходимо исключить неустойку и задаток из числа обеспечений. Названные инструменты направлены на стимулирование должника к исполнению обязательства под страхом применения соответствующих санкций. Нормы же об обеспечениях в силу своей объективной природы должны не подталкивать должника к исполнению должником обязательства, а защищать кредитора от риска неисполнения. Поэтому действие обеспечительного механизма состоит не в применении санкций, а в использовании дополнительного источника, «резерва», за счет которого при неисправности должника будет исполнено основное обязательство. Неудивительно, что договорные условия о неустойке или задатке не рассматриваются на практике как условия о представлении должником обеспечения. Обеспеченным считается долг, уплата которого гарантирована залогом, поручительством, банковской гарантией.

5. Основой регулирования гражданских отношений является метод равенства сторон (ст. 2 ГК РФ). Этот метод обеспечивает такое юридическое положение, при котором участники оборота равно свободны в определении того, вступать ли им в договор и на каких условиях. Но формально - юридически находясь в равном положении, стороны могут быть не равны фактически, не равны в возможностях достижения своего интереса. Очевидно, в различном положении находятся защищенный опытом своих специалистов процветающий банк – займодавец и не разбирающийся в деталях кредитования мелкий заемщик; уклоняющийся от уплаты долга должник и доверившийся ему кредитор, вынужденный второпях искать средства для исполнения в срок собственных обязательств. Понятно, что законодатель не может удовлетворить все

интересы, а потому его задача – создать справедливый баланс интересов. Для достижения такого баланса при конструировании и толковании правовых норм используется понятие о сильной и слабой сторонах в отношении. С помощью различных юридических приемов слабой стороне создаются условия, компенсирующие ее неравенство по отношению к фактически сильному контрагенту. Многовековой опыт регулирования частноправовых отношений предлагает богатый выбор таких приемов: предоставление права одностороннего изменения или прекращения правоотношения, права на получение информации, права на заявление дополнительных требований и т. д. Найти соответствующий правовой инструмент не составляет труда. Сложнее решить, какая сторона в отношении является слабой. кого должен поддержать законодатель в отношениях между двумя главными фигурами гражданского оборота – должником и кредитором? Ответ зависит от времени и места действия норм.

В 70-х годах 19 века Рудольф фон Иеринг писал: «...Симпатии к должнику являются признаком слабой эпохи. Сама она называет это гуманностью. Сильная эпоха заботится прежде всего о том, чтобы верителю было обеспечено его право, и не боится строгости по отношению к должнику, если она необходима для поддержания прочности оборота, доверия и кредита».¹⁷ Современные порядки в большинстве ориентированы на защиту кредитора. Тот же подход прослеживается в праве ЕС.

Традиционной для русского и советского права до недавнего времени считалась поддержка должника. Должник слаб уже потому, что обременен долгом – такое обоснование встречается в классических учебниках русского гражданского права. Описанный подход всегда питался идеологией православия. В социалистическом государстве, притом, что и кредитор, и должник в большинстве случаев «кормились» из одних рук – из рук государства, эта идея получила объективное экономическое основание: зачем правой рукой отбирать средства у нарушившего обязательство должника, если левой рукой его, так или иначе, придется поддерживать?

Постсоветский период развития отечественной правовой системы показал, что поддержка должника в ущерб кредитору, если так можно выразиться, «морально» устарела. Наше частное право постепенно переориентируется.¹⁸ При подготовке концепции развития гражданского законодательства¹⁹ идея за-

17 Иеринг Р. ф. Борьба за право // Избранные труды. В 2 т. Т. 1. СПб, 2006. С. 76-77.

18 Этот процесс ярко отражен в эволюции законодательства РФ о банкротстве.

19 Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации, подготовленная Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства во исполнение Указа Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009). Доступно в СПС «консультант».

щиты кредитора нашла поддержку в рабочих группах. Экономическая основа такого подхода лежит на поверхности: оборот живет кредитом, а значит, готовностью кредитора кредитовать. Без веры кредитора в реальность уплаты долгов все останавливается. Поэтому защита интересов кредитора – необходимое средство для поддержания оборота. Но верно ли объяснять поддержку оборота именно слабостью кредитора? Разве законодатель, вводя соответствующее регулирование, не может руководствоваться другими соображениями, в частности сугубо утилитарными? Конечно, может. Но в данном случае мы склонны видеть источником нового для нашего законодателя подхода экономические изменения, указавшие на объективную расстановку сил. Развитый оборот – более рискованный для кредитора, т. к. выводит на рынок много потенциально несостоятельных должников, а потому кредитор утрачивает позицию сильной стороны в обязательстве. Этот тезис подтверждает положение ст. 401 ГК РФ о том, что неполучение средств от должника не освобождает кредитора, осуществляющего предпринимательскую деятельность, от ответственности перед его собственными кредиторами. А если речь идет о денежном обязательстве, то это положение на практике распространяется и на иных кредиторов, в частности граждан-потребителей.²⁰ Очевидно, что проблема слабой стороны выходит на пределы одного правоотношения. кредитор не просто слабая сторона, он есть слабое звено в цепи договорных отношений. Затруднения одного кредитора в получении исполнения от должника могут вызвать проблемы у многих связанных с ним лиц. Сегодня для установления справедливого баланса интересов требуется защита кредитора.

Иллюстрацией этого вывода является дискуссия по поводу влияния смерти должника на судьбу поручительства. Прокредиторский подход предполагает, что интерес поручителя нарушается, если место должника заступают его наследники, а потому смерть должника должна влечь прекращение поручительства.²¹ Прокредиторский подход – наоборот, требует признать приоритет интересов кредитора, а потому сохранить поручительство при смерти должника.²² Интересно, что во внесенном в Государственную Думу Проекте изменений ГК РФ вопрос о судьбе поручительства не затронут.²³ Это указывает на накал борьбы прокредиторского и прокредиторского подходов. Во главе борющихся сил оказались, соответственно, Верховный и Высший Арбитражный Суды РФ.

20 См.: Витрянский В.В. Договор займа: общие положения и отдельные виды договора. М., 2004. С. 232.

21 См. проект федерального закона № 337108-5 «О внесении изменений в статью 367 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». Проект не был одобрен Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства.

22 Пункт 1.3 подразд. 3 разд. V «Законодательство об обязательствах (Общие положения)» концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации.

23 См. п. 177 статьи 1 проекта Федерального закона N 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Доступно в СПС «консультант».

Пленум Верховного Суда в акте официального толкования ст. 367 ГК РФ указал, что «поручитель наследодателя становится поручителем наследника лишь в случае, если поручителем было дано согласие отвечать за неисполнение обязательств наследниками».²⁴ Пленум же ВАС РФ дает прямо противоположное официальное толкование: «Смерть должника не прекращает поручительство..., положения пункта 2 статьи 367 ГК РФ применению не подлежат; иное может быть предусмотрено договором поручительства».²⁵ На что указывает столь радикальное противоречие? Поскольку Верховный Суд РФ рассматривает споры с участием граждан-потребителей, его позиция выражает квалифицированное мнение о реальном положении дел в современной России: низкий уровень доходов граждан помноженный на низкую правовую культуру на фоне доступности кредита и его агрессивного навязывания гражданам. Но такое не радостное положение не отменяет логику рынка, то есть необходимость поддержки кредитора. И именно на этой логике основана позиция Высшего Арбитражного Суда РФ, рассматривающего споры с участием граждан-предпринимателей и юридических лиц. Отказываться от этой логики нельзя. Но, может быть, для граждан-потребителей следует сделать исключение.

В обеспечительных отношениях, часто усложненных участием нескольких лиц, которые, кстати, могут последовательно находиться в роли то должника то кредитора, вопрос о поиске баланса интересов приобретает особое значение.²⁶

Так, позиция кредитора в основном обязательстве, на первый взгляд, представляется сильной уже потому, что он обладает обеспеченным правом. В результате у такого кредитора не одно, как у обычного, а два требования (из основного обязательства и из обеспечительного). Но удвоение требования само по себе не означает усиления позиции кредитора. Сила правовой позиции кредитора зависит не от количества, а от качества требований. Качество же требования – это его действительность (качество в материально-правовом смысле) и реализуемость (качество в процедурно-правовом смысле). Обратимся к истории новейшего российского законодательства об ипотеке. Еще несколько лет назад кредиторы (в первую очередь, банки), несмотря на наличие тщательно составленных договоров о залоге и сохранность предметов залога, утверждали, что залог не работает, поскольку права залогодержателя, пра-

24 Пункт 62 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 N 9 «О судебной практике по делам о наследовании».

25 Пункт 20 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 июля 2012 г. N 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»

26 Примечательно, что Р. ф. Иеринг иллюстрирует идею о необходимости поддерживать кредитора (ссылка на эту идею сделана выше) примерами из законодательства Юстиниана, добрая половина которых касается именно обеспечений: субсидиарной ответственности поручителя, отсрочки реализации предмета залога и т. д. (Иеринг Р. ф. УК. соч. С. 76. Сноска 24).

ктически, не реализуемы: обратиться взыскание на предмет залога можно было (за редкими исключениями) только в судебном порядке, т. е. в результате долгой и дорогой процедуры; заложенное жилье было невозможно освободить от проживающих в нем залогодателя и членов его семьи, а, значит, наиболее распространенный предмет ипотеки оказывался неликвидным. Законодательство было ориентировано на защиту залогодателя, а когда речь шла о залогодатель-потребителе – исключительно на его защиту. Следствием этого явилось не просто удорожание кредита, но сворачивание ипотечного кредитования в целом. Защита законодателем интересов должника обернулась затруднениями в реализации его же (должника) интереса в получении кредита.

Итак, сам факт обеспечения исполнения обязательства не делает кредитора более сильной стороной в обязательстве. Поэтому кредитору с обеспечением должна быть предоставлена защита как любому другому кредитору.

В случае предоставления обеспечения третьим лицом, это лицо, будучи сначала обязанным, по исполнении обеспечительного обязательства получает регрессное или суброгационное требование к должнику, т. е. становится кредитором. В этом случае его интерес должен защищаться в общем порядке, за одним исключением. Исключение касается конфликта интересов первоначального кредитора и ставшего кредитором обеспечительного должника. В случае суброгации конфликт разрешается на основе принципа *neto censetur subrogare contra se* («никто не допускает вступления в свои права против своих интересов»).²⁷ Например, при частичной уплате долга поручитель приобретает в порядке суброгации часть требования к должнику. В результате на стороне кредитора в основном обязательстве оказываются два лица. Поскольку речь идет об обеспечительных отношениях, изначальная цель которых – защитить интерес кредитора в основном обязательстве, интерес этого кредитора должен иметь приоритет перед интересом лиц, предоставивших обеспечение, даже если эти лица также станут кредиторами должника. Это положение актуально при недостаточности у должника средств для удовлетворения требований всех кредиторов. Следует предположить, что аналогичный подход должен иметь место и при конкуренции интересов первоначального кредитора и обеспечительного должника, получившего в отношении основного должника регрессное требование.

6. Со стороны деловых кругов все чаще слышатся упреки российскому законодателю: частные отношения зарегулированы, стороны не имеют возможности реализовать свои интересы, будучи стеснены обилием императивных

27 На этот принцип ссылаются и классики цивилистики (например, см.: Морандьер Л.Ж. Гражданское право Франции: Т. 2. М., 1960. С. 557), и комментаторы *Principles of European Law*. V. 4. Personal Security (PEL/Drobnig, Pers. Sec. C. 305).

требований закона и судебной практикой, сопротивляющейся признанию соглашений, непоименованных в российских законах, но признанных в мировой практике. Это приводит к выводу отношений под действие иных юрисдикций, и, опосредованно, к бегству капитала. Безусловно, в законодательстве об обеспечении немало ограничений, от которых в современных условиях можно отказаться. Безусловно, суды весьма осторожны в признании незнакомых обеспечительных конструкций. Безусловно, обеспечительные отношения как гражданско-правовые должны строиться на началах свободы и диспозитивности. Но реализовывать эти начала необходимо с учетом двух обстоятельств. Первое имеет формально-юридический характер, второе – сугубо практический.

С формально юридической точки зрения, гражданское право всегда включало, помимо частноправовых, публично правовые нормы.²⁸ Эти нормы ограничивают автономию участников гражданских отношений в общезначимых целях. Ограничения вводятся либо путем императивных законодательных установлений, в том числе запретов, либо путем стимулирования определенного поведения под страхом утраты правовой защиты. Например, российский законодатель императивно ограничил виды независимых обеспечительных обязательств теми, которые прямо предусмотрены законом, т. е. запретил участникам оборота создавать независимые обеспечения на основе частных соглашений (ст. 329 ГК РФ). Примером стимулирующего регулирования является установление двухлетнего пресекательного срока для реализации требования кредитора к поручителю в том случае, если стороны не предусмотрели иной срок в договоре поручительства (ст. 367 ГК РФ).

Обеспечительные отношения имеют публичное значение уже потому, что затрагивают интересы не только их непосредственных участников. Это не удивительно, поскольку обеспечение предоставляется кредитору, чтобы установить для него привилегированное положение на случай конкуренции его прав с правами третьих лиц. Но где публичность – там ограничение диспозитивности.

С практической точки зрения ограничение диспозитивности может быть оправдано фактическим уровнем правопорядка и правосознания. В частности, впервые введя в практику независимое обеспечительное обязательство – банковскую гарантию – законодатель не только запретил участникам оборота создавать подобные обеспечительные инструменты, но и ограничил кругом профессиональных финансовых институтов – банков и страховых компаний – число лиц, наделенных правом выдавать гарантии. Осторожный подход

28 Поэтому нельзя полностью отождествлять гражданское и частное право. При этом частное право остается основой гражданского права, а гражданское право – ядром частного.

был оправдан. Это подтвердили многочисленные поначалу ошибки в применении норм о банковской гарантии, связанные с непониманием природы нового для нашей экономики вида обеспечений. Сегодня запрет может быть, если не отменен, то смягчен. Например, накопленный опыт позволяет расширить круг субъектов, имеющих право обязаться по независимому обеспечительному обязательству. Но стоит ли допускать полную свободу в установлении обеспечений подобного рода – вопрос политики права, решать который нужно на основе анализа эмпирически подтвержденных потребностей и возможностей оборота, а не на основе отвлеченных рассуждений. В частности, проектом изменений ГК РФ предложено включить в ст. 368 ГК РФ положение о том, что независимые гарантии могут выдаваться коммерческими организациями.²⁹

Необходимо подчеркнуть, что обсуждение преимуществ диспозитивности над императивностью в регулировании гражданских отношений не имеет отношения к вопросу о преимуществах правовых систем, основанных на common law. Даже если принять как аксиому, что в этих системах субъекты гражданского права, испытывая меньшее давление со стороны законодателя, имеют большую свободу, из этого отнюдь не следует, что страны common law дают образец «лучшего права». Соглашаясь с необходимостью устранять «зарегулированность» гражданских отношений, мы не готовы искать ей замену в принципах, на которых построено, в частности, англо-американское право. Опрометчиво уподоблять правовую систему магазину, на полках которого имеется широкий выбор вещей, а их качество гарантировано. Любая норма включена в систему правил, а ее наблюдаемый эффект определяется логикой системы. И не только формально-структурной, но и идеологической логикой. Готовы ли сторонники предпринимательской свободы принять и ее идеологическую основу, сформулированную, в частности, в работах создателя теории law and economics Ричарда Познера: экономическая эффективность – адекватная замена справедливости?³⁰ Взаимопроникновение правовых культур неизбежно. Но искусственное форсирование этого процесса опасно.

29 См. п. 177 статьи 1 проекта Федерального закона N 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Доступно в СПС «консультант».

30 Формулировку идеи Познера см.: Бетелл Т. Собственность и процветание. М., 2008. С. 26. Для более подробного знакомства с конфликтом, порожденным рекламой правовых идей common law, см. ответ Ассоциации друзей французской правовой культуры им. Анри Капитана на серию докладов Doing Business, сделанных в середине первого десятилетия нового века под эгидой Всемирного Банка: Цивилистические правовые традиции под вопросом (по поводу докладов Doing Business Всемирного Банка). М., 2007.

THE GENERAL APPROACH TO THE REGULATION OF SECURITY RELATIONS

This article deals with the problem of the security rights regulation. This subject needs more attention from academics and lawmakers. Security *cauza* is considered as a main feature of security legal relationships. This implies the conclusion that a secured creditor and a securing creditor should be the same person. To provide for integrity of the security obligations institute, functional approach is treated as a preferable one (which is opposed to the formal approach). A secured creditor should be protected like any other creditor, because existence of the security itself does not place him in a stronger position. A balance between mandatory and dispositive regulation can only be found when the “time and place” of application of the law are taken into account.

Key words:

Security rights, collateral, principles for private law regulation.

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

ПРОЕКТИРУЕМАЯ НОВЕЛЛИЗАЦИЯ ПРОЦЕДУРЫ ПОЛЬСКОГО УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА С ПЕРСПЕКТИВЫ НЕКОТОРЫХ ПРИНЦИПОВ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

Учреждена в конце 2009 года кодификационная комиссия уголовного права, действующая при Министре юстиции, сочла своей главной задачей подготовку фундаментальной новеллизации положений уголовного судопроизводства. Приступая к работе, комиссия приняла предположение, что существующая до сих пор модель уголовного судопроизводства постепенно исчерпывает свои возможности. комиссия признала необходимым введение изменений, которые должны противодействовать чрезмерному затягиванию производства по делу, а также чрезмерной продолжительности применяемого в Польше временного ареста, на что обратил внимание Европейский суд по правам человека в Страсбурге, подчеркивая, что это польская проблема структурного характера.¹

Для того, чтобы узнать мнение среды судебных практиков органов юстиции, комиссия организовала в 2010 году под покровительством Министерства юстиции три научно-практические конференции, посвященные: модели подготовительного и юрисдикционного производства, применению мер принуждения в уголовном процессе и модели инстанционного [иерархического] и внеинстанционного контроля. Основой этих конференций были доклады, подготовленные экспертами в этих областях уголовного процесса, которые, после их представления, стали предметом оживленной дискуссии.²

Итак, по отношению к модели подготовительного производства в заключениях экспертов³, подготовленных на конференцию 30 марта 2010 г., обраща-

1 Обоснование проекта об изменении уголовно-процессуального закона и некоторых других законов, издание №15042011b, www.ms.gov.pl, с. 5-7.

2 Экспертизы вместе с отчетами о дискуссии опубликованы (w.): Biuletynach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego [Бюллетенях кодификационной комиссии уголовного права] 2010, № 1, 2 и 3.

3 См. напр. С.Kulesza, *Opinia dla Konferencji „Model postępowania przygotowawczego i sądowego”*, Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego 2010, № 1, с. 76 и сл. На конференции выступили также с докладами: J. Skorupka, *Model postępowania przygotowawczego i sądowego*, Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa

лось внимание на отзывы в польской доктрине уголовного процесса, критикующие, главным образом, её изменения, введенные вследствие новеллизации от 10 января 2003 г. (Dz. U.(Вестник Законов) № 155 ст. 111) и от 29 марта 2007 г. (Dz. U.(Вестник Законов) № 64 ст. 432). Предметом критики является, прежде всего, ослабление первой из реформ прокурорского надзора за производством, посредством отмены обязанности Полиции уведомлять прокурора о возбужденных расследованиях и создания возможности Полиции самостоятельно возбуждать следствия.⁴ В свою очередь, к основным недостаткам реформы от 2007 г. в доктрине уголовного процесса зачисляется введение жалоб на некоторые постановления прокурора, направленные к его непосредственному начальнику (вместо к вышестоящему) и увеличение объема подготовительного производства, имеющего своей целью „всестороннее объяснение обстоятельств дела” вместо введенного новеллизацией от 2003 г. „объяснения обстоятельств дела в необходимом объеме”.⁵ В конечном счете, вследствие очередной новеллизации (Dz. U. (Вестник Законов) № 206 ст. 1589) от 8 июня 2010 г. произошел возврат к ограниченному объему подготовительного производства. кроме этого, было подвергнуто критике чрезмерное ограничение принципа непосредственности на фоне изменений польского уголовного процесса, особенно в случае консенсуальных методов окончания производства.⁶

В заключениях были указаны также результаты изучения материалов, из которых следует, что как «полицейское», так и упрощенное подготовительное производство, вследствие реформы от 2003 г., не убереглись от их затягивания (напр. вследствие необдуманного продления срока дознания и принятия его к следствию), помимо же ускорения судебного производства, из-за консенсуальных форм, по-прежнему, оно продолжается слишком долго, между про-

Karnego 2010, № 1, с. 27-74, D. Świecki, Model postępowania przygotowawczego i sądowego, Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego 2010, №1, с. 122-139 и A.Siemaszko, Sprawność postępowań karnych w świetle danych statystycznych, Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego 2010, №1, с. 140-167, см, также отзывы доктрины, относящиеся к проекту изменений УПК и других законов от 2011 г. напр. J. Tylman, Model procesu karnego a nadzór nad postępowaniem przygotowawczym. (w:) Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012, t.II, с. 1803-1810 и указанная там литература.

- 4 Защитником самостоятельности Полиции в этой области является автор реформы от 10.01.2003 г. S.Waltoś, Kilka słów o polskim modelu postępowania przygotowawczego, в: Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy, (red. J. Skorupka), Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, с. 293-294.
- 5 См. напр. J. Grajewski, Niektóre problemy nadzoru nad postępowaniem przygotowawczym i zakresu wpływu sądu na przebieg procesu karnego, (w:) Skargowy model procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi Stanisławowi Stachowiakowi (red. A.Gereckiej- Żołyńskiej, P. Góreckiego, H.Paluszkiwicz, P. Wilińskiego), Warszawa 2008, с. 89-96; J. Tylman, Zmiany w modelu postępowania przygotowawczego, (w:) Skargowy model..., к.в., с. 387-398).
- 6 См. J. Tylman, Zasada bezpośredniości na tle zmian w polskim prawie karnym procesowym, (w:) Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy, (red. J. Skorupka), Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, с. 125-144.

чим из-за чрезмерного обременения судов всесторонним исследованием доказательств, осуществляемым по долгу службы.⁷

Следует также обратить внимание на основную критику подготовительной функции вступительной стадии процесса, заключающуюся в констатации, что хотя существует возможность полного выявления, воспроизведения на судебном заседании и принятия за основу вынесения судебных решений любых протоколов доказательственной деятельности, составленных в подготовительном производстве, то польская модель подготовительного производства относительно этого вопроса не порвала с традициями бывшей советской модели.⁸

Критические замечания по отношению к существующему УПК высказали также эксперты на конференции от 6 июля 2010 г., посвященной применению мер пресечения. Они указали, между прочим, на необходимость усиления требований относительно применения самой суровой меры, то есть, временного ареста, соответствующего обоснования постановлений о временном аресте, более точного определения основы применения всех мер пресечения и принципов подачи жалоб на эти меры, а также укрепления, в этой области, права обвиняемого на защиту.⁹

Что касается конференции от 28 сентября 2010 г., посвященной модели обжалования судебных решений и приговоров и чрезвычайного обжалования решений и постановлений, то в связи с тем, что заключения экспертов представляли очень широкий спектр предложений, невозможным был здесь их анализ, поэтому, по данному вопросу, отсылаем к первоисточнику.¹⁰

Результаты этих конференций послужили предлогом для продолжающихся несколько месяцев дискуссий в кругу кодификационной комиссии, которые принесли плоды в виде разработки подготовительного проекта новеллизации Уголовно-процессуального кодекса и некоторых других законов, опубликован-

7 См. J. Blachut, S. Majcher, Szybkość postępowania przygotowawczego w świetle badań aktowych, (w:) Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło w tunelu (red. S. Waltoś, J. Czapska), Kraków 2007, с. 67-149 а также D. Szumiło-Kulczycka, W. Dadak, Szybkość postępowania sądowego w świetle badań aktowych, в: Zagubiona., *op. cit.*, с. 149-204.

8 С. Kulesza, *Opinia...*, *op. cit.*, с. 77 и указанная там литература.

9 См. мнения: P. Kardasa, Środki zapobiegawcze w polskim procesie karnym – analiza aktualnego stanu prawnego w kontekście praktyki stosowania prawa oraz propozycje nowych rozwiązań ustawowych, Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego 2010, nr 1, с. 205-289; R.A. Stefańskiego, Środki zapobiegawcze w polskim procesie karnym *de lege lata i de lege ferenda*, Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego 2010, № 1, с. 309-327 и замечания В. Michalskiego – опубликованные в Biuletynie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego [Бюллетене Кодификационной комиссии уголовного права] 2010, № 2., с. 290-308

10 См. A. Herzog, Model postępowania odwoławczego oraz postępowania w sprawie nadzwyczajnych środków zaskarżenia, Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego 2010, № 1, с. 193-209; K. Marszał, Stanowisko w sprawie wstępnych założeń reformy postępowania odwoławczego oraz postępowania w trybie nadzwyczajnych środków odwoławczych, Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego 2010, № 2, с. 21-31; M. Klejnowska, Model postępowania odwoławczego i nadzwyczajnoskargowego w sprawach karnych, Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego 2010, № 2, с. 32-61; J. Izydorczyk, Analiza rozwiązań dotyczących postępowania odwoławczego oraz postępowania w trybie nadzwyczajnych środków zaskarżenia – opublikowane в Biuletynie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego 2010, № 2., с. 210-236

ного в феврале 2011 г. Это дало начало всесторонним консультациям в профессиональной среде, в рамках которых было представлено несколько сотен позиций и мнений, которые в следующем подверглись анализу, проведенному кодификационной комиссией.

Подготовлен в 2011 г. кодификационной комиссией уголовного права проект изменений Уголовно-процессуального кодекса должен теоретически являться комплексной новеллизацией, имеющей своей целью моделирование польского уголовного процесса в целом.

Согласно основным положениям, авторов проекта главные цели реформы, это¹¹:

- „моделирование юрисдикционного производства в направлении большей состязательности, которая создает лучшие условия для установления материальной истины и лучше способствует соблюдению прав участников судопроизводства,
- моделирование – в объеме, необходимом для построения модели состязательного судебного разбирательства – подготовительного производства, главным образом, в области целей, к достижению которых стремится данное производство,
- улучшение и ускорение производства, благодаря созданию правовых рамок более широкого применения консенсуальных методов окончания уголовного судопроизводства и использования, в более широком масштабе, идеи исправительной/правовой справедливости, благодаря также новому подходу к институту медиации,
- устранение „мишуры” судопроизводства, благодаря новому определению способа вынесения судебных решений, основанного на отказе от ряда действий, которые не служат ни установлению истины в процессе, ни соблюдению гарантий участников судопроизводства, ни реализации принципа справедливого наказания,
- формирование заново основ применения предупредительных мер методом, предотвращающим их чрезмерное использование в процессуальной практике, лучше гарантирующим достижение их основной цели, какой является обеспечение правильного хода производства, а также лучше защищающим процессуальные гарантии обвиняемого и позволяющим на предъявление притязаний и поиск их удовлетворения посредством возмещения ущерба и вреда, вызванных применением этих мер в ходе производства,

11 Обоснование проекта, *op. cit.*, s. 5-7.

- ограничение затягивания производства, благодаря новому формированию модели апелляционного производства, ограничивающему его касационность, способствующую затягиванию уголовного судопроизводства”.

Предлагаемая комиссией модель судопроизводства базируется на предположении, что действия по исследованию доказательств в ходе подготовительного производства проводятся в принципе для обвинителя, а не, как в настоящее время, для суда. Лишь в исключительной ситуации, когда представление доказательства перед судом не будет возможным – собранные и зафиксированные в подготовительном производстве доказательства „будут использоваться судом как основа установления фактов по делу”. Дело касалось бы, по мнению комиссии, прежде всего доказательств по своей природе „неповторимых”, или следов (в том числе, мнемотехнических), подвергающихся забвению с течением времени. Поэтому, предполагая полную состязательность судопроизводства, авторы проекта не видят потребности в основных изменениях модели подготовительного производства, ограничиваясь к изменению его целей, определенных в ст. 297 § 1 п. 5 УПК. Предлагаемый текст этого положения *„сбор, обеспечение и (...) фиксация доказательств, с целью представления их в суде”* по мнению комиссии, должен толковаться, как „директива по сбору и фиксации доказательств в объеме, который является необходимым для поддержки обвинительной жалобы и возможности реализации роли, какую обвинителю придется исполнять после подачи обвинительного акта”.¹²

Как вытекает из заглавия настоящей разработки проектируемая реформа процедуры уголовного судопроизводства влияет, существенным образом, на вид действующих процессуальных принципов.

Главным способом регулирования, имеющего своей целью обеспечить **принцип состязательности** судопроизводства, должна быть новая редакция ст.167 УПК, освобождающая Суд от обязанности доказательственной инициативы на судебном заседании и поиска, по долгу службы, объективной истины, а также возлагающая на процессуальные стороны *onus probandi*. В ходе работ комиссия, однако, решила – замечая потенциальные угрозы, вытекающие из передачи судьбы процесса, с целью установления объективной истины, в руки сторон – на некоторые исключения из принципа полной состязательности. Окончательная редакция ст. 167 УПК звучит:

„Ст. 167 § 1. В производстве перед судом, возбужденном по инициативе стороны, доказательства представляются сторонами после допущения их председателем или судом. В случае неявки стороны, по заявлению кото-

12 Там же, с. 9.

рой была разрешена допустимость доказательства, а также в исключительных, особо обоснованных случаях, доказательство представляет суд в пределах доказательственного тезиса. В исключительных, особо обоснованных случаях суд может допустить и представить доказательство по долгу службы.

§ 2. В другом производстве перед судом или в подготовительном производстве доказательства представляет орган, ведущий производство. Это не исключает права стороны на подачу ею заявления о допущении доказательства”.

В обосновании регуляции § 1 ст.167 УПК подчеркивалось, что с одной стороны, она освобождает Суд от доказательственной активности в случае пассивности, по отношению к этому вопросу, обвинителя, с другой же стороны этот Суд будет, „в меньшей, чем до сих пор степени, исполнять роль гаранта по отношению к обвиняемому, на которого – как сторону в процессе – будет возложено в большей, чем до сих пор степени бремя доказывания в материальном значении”.¹³

Таким образом, доказательство на судебном разбирательстве будет представлять та сторона, которая заявляла о нем. Так как проект новеллизации, в принципе, не предусматривает обязательного участия обвиняемого в судебном заседании, поэтому второе предложение § 1 ст.167 УПК устанавливает, что в случае неявки стороны, по заявлению которой доказательство было допущено, а также в исключительных, особо обоснованных случаях суд представляет доказательство в пределах доказательственного тезиса. Зато наиболее радикальным исключением из принципа состязательности должна быть возможность допустимости и представления судом доказательства по долгу службы, однако, опять „в исключительных, особо обоснованных случаях” (§ 1 ст.167 предл.3).

Укреплению принципа состязательности на судебном заседании должно способствовать также предлагаемое изменение ст. 370 УПК, определяющее порядок производства допроса. Проект устанавливает, чтобы в случае производства допроса стороной, она всегда, в первую очередь, задавала вопросы допрашиваемому лицу, а члены суда имели бы на это право только исключительно и всегда бы это делали в последнюю очередь (ст. 370 § 1 и 2 проекта УПК).

Проектируемое изменение ст.167 УПК коренным образом повлияет на цели уголовного процесса. Проект сохраняет существующую форму принципа материальной истины, определенной в ст. 2 § 2 УПК, устанавливающей, что основу всех решений должны составлять настоящие фактически обстоятельства. Однако существующую до сих пор цель процесса, определенную

13 Там же, с. 10.

в ст.2 § 1 п.1, то есть, сформирование процесса таким образом, чтобы „исполнитель преступления был установлен и привлечен к уголовной ответственности, а невиновное лицо не несло этой ответственности” заменено во второй части предложения формулировкой, „а лицо, вина которого не доказана, не несло этой ответственности”. По мнению комиссии, такая формулировка отчетливо подчеркивает, что вменение вины в процессуальном смысле не будет возможным, если перед судом не будет представлено доказательство вины.¹⁴

В проекте была придана также новая форма принципу *in dubio pro reo* (ст.5 § 2 УПК), тесно связанному с принципом презумпции невиновности, так как существующее до сих пор правило о толковании неустранимых сомнений в виновности лица в пользу обвиняемого было заменено правилом толкования в пользу обвиняемого сомнений, *которые в производстве не были устранены*. как подчеркивается в обосновании проекта это регулирование, по-прежнему, не определяет, на кого возложена обязанность объяснения этих сомнений, однако не возложена она на суд, так как он – по существу – не обязан представлять доказательства по долгу службы. Отказываясь от существующей до сих пор оговорки, что это должны быть „неустранимые” сомнения, предполагается, что благодаря этому на обвинителя будет возложена обязанность устранить сомнения (а в материальном смысле также на защиту).¹⁵

Последствием освобождения – по общему правилу – суда от обязанности искать материальную истину по долгу службы и возложить ее, прежде всего на обвинителя является также признание ему права на эффективный отзыв обвинительного заключения, то есть, принятие неограниченного обвинительного принципа (ст.14 УПК). как подчеркивается в обосновании проекта такой отзыв обвинительного заключения будет чем-то совсем другим, чем предусмотренный в настоящее время в ст.14 § 2 УПК отказ от обвинения, так как это вызовет необходимость прекращения судопроизводства на основе ст. 17 § 1 п. 9 УПК, из-за отсутствия обвинения управомоченного обвинителя. Однако в ходе судебного процесса отзыв обвинительного заключения будет допускаться исключительно с согласия обвиняемого (проект. ст. 14 § 2 второе предложение УПК), ибо в противном случае обвинитель мог бы односторонним процессуальным действием довести до прекращения производства в ситуации, в которой существуют предпосылки для оправдания обвиняемого.¹⁶ С целью защиты интересов subsidiарного обвинителя предусмотрено изменение в проект. ст. 54 § 2 УПК, согласно которой отзыв обвинительного заключения публичным обвинителем не лишает правомочий subsidiарного обвинителя. В такой ситуации пострадавший, который раньше не пользовался правомочиями subsidi-

14 Обоснование, с. 16.

15 Там же, с. 17.

16 Обоснование, *op. cit.*

арного обвинителя, вправе заявить, в течение 14 дней от извещения его об отзыве публичным обвинителем обвинительного акта, что вступает в процесс в качестве субсидиарного обвинителя.¹⁷

На предлагаемые изменения следует смотреть с перспективы **принципа обеспечения обвиняемому права на защиту**. На основе ст. 42 абз. 2 конституции и регулирования по отношению к ст. 6 УПК считается, что право на защиту в польском уголовном процессе включает как материальный аспект (как совокупность гарантий защиты в процессе, полагающихся обвиняемому), так и формальный, то есть, возможность пользоваться обвиняемым помощью защитника.

В системе уголовного процесса, где суд осуществляет также функцию защиты, этот факт вызывает некое уравнивание неравенства между защитой (материальной и формальной) и стороной обвинения, представляемой публичным обвинителем и подчиненным ему органом уголовного преследования. Если, суд, по воле законодателя, будет освобожден от этой функции или, как гласит кодификационная комиссия, перестанет исполнять „патерналистскую” роль по отношению к обвиняемому, реальная обязанность защиты будет возложена на обвиняемого и его защитника.¹⁸

В существующем правовом положении можно констатировать, что „формальный” характер защиты, осуществляемой адвокатом, каким-то образом оправдан с одной стороны обязанностью поиска судом объективной истины по долгу службы, с другой же стороны предусмотренной законом связью суда и прокуратуры (похоже, как и органов преследования) на основе принципа объективизма (ст.4 УПК). Поэтому действия защитника не обязательно должны иметь решающее влияние на результат процесса, особо в ситуации, когда он не может реальным образом воздействовать на ход и результаты подготовительного производства.¹⁹ кодификационная комиссия решила отказаться от осуществления модельных изменений этой вступительной стадии процесса, принимая предположение, что судьбы производства будут решаться только на главном судебном разбирательстве. Вышеуказанное предположение авторов проекта, при не измененной позиции защиты, кажется сомнительным, по крайней мере, хотя бы из-за нижеприведенных обстоятельств.

Прежде всего, проект изменений УПК оставляет практически в неизменном виде инквизиционный характер подготовительного производства, сохра-

17 Там же, с. 20.

18 См. также P. Wiliński: *Materiałny ciężar dowodu winy oskarżonego – przyczynek do rozważań*, (w:) *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012*, с. 1841-1856.

19 См. шире C. Kulesza, *Od obrony formalnej do obrony realnej ? Nowa rola obrońcy w projekcie reformy procedury karnej* (в:) *Księga Jubileuszowa Prof. J. Skupińskiego* (принятая к публикации).

няя прежние ограничения права на защиту, в том числе, между прочим, в области ознакомления с материалами подготовительного производства в условиях, определенных в ст. 156 § 5 УПК, отказа в удовлетворении процессуальных заявлений на основе ст. 170 § 1 и ст. 170 § 1a, а также участия в процессуальных действиях, о которых идет речь в ст. 315-317 УПК. В результате возможным является основание приговора на доказательственном материале, зафиксированном в подготовительном производстве, без соблюдения принципа состязательности (без участия и контроля защитника). Несмотря на вышеуказанное ограничение задач подготовительного производства (изменение ст. 297 § 1 п.5) следует отметить, что проектируемые исключения из принципа непосредственности позволяют на оглашение, по заявлению или в ситуации определенной в ст. 167 § 1 предл. 3 и ст. 167 § 2, а также по долгу службы, протоколов объяснений обвиняемого (ст.389 УПК), показаний свидетеля (ст. 391 УПК) и других документов (ст.393 УПК), а также выявление их без оглашения (ст.394 УПК), и все это даже в более широком объеме, чем в настоящее время. Ибо следует заметить, что учитывая факт, что обвиняемый не будет обязан (теоретически) участвовать в судебном разбирательстве, правилом будет оглашение его объяснений, новая же редакция ст.393 § 3 УПК разрешит оглашать любые частные документы, полученные вне уголовного судопроизводства. Хотя отмена запрета использования в уголовном судопроизводстве частных документов должна служить принципу „равенства оружия” (как определяет это проект „выравниванию шансов”)²⁰, однако авторы проекта расширяют запрет по ст. 174 УПК замены протоколов объяснений обвиняемого и свидетелей не только содержанием писем, аннотаций или служебных записок (как это происходит в настоящее время), *но также других документов.*

Выравниванию шансов защиты и обвинения должно служить также введение проектом допустимости так называемых частных заключений экспертов. У обороны также будет возможность подать заявление о допущении доказательства, основанного на заключении эксперта (которое составил для защиты) и допроса эксперта в судебном заседании, если суд согласится допустить это доказательство.

Стоит также задуматься, будет ли в новом УПК у обвиняемого право на пассивную защиту, что сейчас является одним из последствий действия принципа презумпции невиновности. Хотя авторы проекта не решились принять предлагаемую некоторыми экспертами концепцию пресекающего срока на предъявление доказательств²¹, однако концепция состязательного процесса,

20 Обоснование, с. 13.

21 См. M. Jeż-Ludwichowska, Krytycznie o koncepcji prekluzji dowodowej, (w:) *Iudicium et Scientia. Księga jubileuszowa Profesora Romualda Kmiecika* (red. A. Przyborowska- Klimczak i A. Taracha), Wolters Kluwer, Warszawa 2011, с. 539-552 и указанная там литература.

возлагая на сторону защиты материальное бремя доказательства, потребует от неё некой процессуальной активности. Итак, важной задачей защитника будет участие в таких процессуальных действиях, как:

- 1) участие в ознакомлении с материалами на последней стадии подготовительного производства, в течение которого проектируется проведение селекции доказательственного материала, который прокурор намерен предъявить в суде (ст.321 § 3 и 5 проекта)
- 2) выражение согласия на вынесение приговора без судебного разбирательства в порядке ст. 335 УПК, где помощь защитника является не только существенной, но также в значительной степени затруднительной, прежде всего в случае отказа в предоставлении ему материалов дела на основании неизменного проектом регулирования по отношению к ст.156 § 5 и 159 УПК²²

Уже в судебном производстве (также до начала разбирательства) очень важной является помощь защитника при:

- 1) подаче заявлений о допущении доказательств и заявлений об обязанности прокурора дополнить материалы подготовительного производства, приложенные к обвинительному акту, определенными документами, содержащимися в материалах этого производства (ст.338 § 1 проекта)
- 2) подаче, еще до извещения обвиняемого о дате и времени судебного заседания, заявления о вынесении обвинительного приговора и назначении ему определенного наказания или уголовной меры наказания без проведения производства по исследованию доказательств (ст.338 а проекта). Согласно проекту может он относиться ко всем преступлениям, в случае же менее тяжкого преступления создает возможность направления дела на заседание и применение чрезвычайного смягчения наказания (ст. 343 а проекта)

В ходе главного судебного разбирательства, несомненно, важную роль будет играть подача заявлений о допущении доказательств (например о допущении частного заключения эксперта) а также допрос лиц, в качестве источника доказательств, согласно проектируемым изменениям ст.167 и 370 УПК.

В кассационном производстве следует обратить внимание на один рефлекс пресекающего [преклюзивного] срока на представление доказательств. Итак, проект вводит...”для стороны, которая проявляла на этапе производства

22 См. напр. С. Kulesza, Porozumienia procesowe z perspektywy obrońcy, (w:) Ocena funkcjonowania porozumień procesowych w praktyce wymiaru sprawiedliwości (red. С. Kulesza), Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, с. 65-81 и указанные там результаты исследований.

в суде первой инстанции пассивность и отсутствие инициативы в предъявлении доказательств (относительно заявления о представлении доказательств или активности при предъявлении допущенного судом доказательства) – барьер в обвинении суда как в том, что он не согласился на допустимость или не предъявил определенных доказательств по долгу службы, так и в том, что воспользовался, в исключительном порядке, одной из этих прерогатив, несмотря на пассивность стороны. Соответствующее решение предложено в ст. 427 § 4 УПК, а по отношению к производству, окончено вынесением приговора, запрет в выдвижении таких обвинений в апелляционном порядке конкретно выражен в проект. ст. 447 § 5 УПК²³.

Эти ограничения не будут относиться к доказательствам, представление которых будет обязательным (ст. 447 § 6 УПК), например допущение судом заключения экспертов-психиатров в качестве судебного доказательства.

Замечая важную роль защитника в процессе, проект как принцип принимает возможность воспользоваться подозреваемым правом бедности на этапе подготовительного производства (ст. 78 § 1 УПК), и общим правом назначить защитника по долгу службы на этапе судебного производства (ст. 80а УПК). Итак, на этапе подготовительного производства, по-прежнему, назначение судом защитника по долгу службы будет требовать от подсудимого доказанья отсутствия возможности покрыть необходимые для этого расходы. В судебном производстве назначение судом защитника по долгу службы (в других случаях, чем ст. 79 § 1 и 2, а также ст. 80 УПК) будет происходить по заявлению обвиняемого с учетом его имущественного положения.²⁴ Однако следует указать на существенную модификацию предлагаемой кодификационной комиссией возможности воспользоваться обвиняемым назначением защитника по долгу службы, какую ввело Министерство юстиции в версии проекта от 4 октября 2012 г., направленную на заседание Совета Министров 9 октября 2012 г. Важным изменением, с точки зрения всеобщности использования помощи защитника по уголовным делам, следует считать предоставление полномочий по выполнению этой функции, кроме адвокатов, также юрисконсультам (см. изменение ст. 80 и сл.). Однако ст.80 была модифицирована посредством добавления § 1 а в следующей редакции: „1 а. Обвиняемому разъясняется также содержание положений ст. 80а, ст. 291 § 4, ст. 338а, ст. 341 § 1, 349 § 8, ст. 374, 376, 377 и 422, а также предупреждается его об обязанности оплаты сбора за подачу заявления о назначении защитника, вытекающей из ст. 14а закона от 23 июня 1973 г. об уплате сборов по уголовным делам (Dz. U. [Вестник зако-

23 См. напр. C. Kulesza, Porozumienia procesowe z perspektywy obrońcy, (w:) Ocena funkcjonowania porozumień procesowych w praktyce wymiaru sprawiedliwości (red. C. Kulesza), Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, с. 65-81 и указанные там результаты исследований.

24 Обоснование проекта, с. 45.

нов] от 1983 г. № 49, ст. 223, с дальнейшими изменениями), а также о том, что в зависимости от результата процесса на обвиняемого могут быть возложены судебные издержки по назначению защитника по долгу службы “.

Подводя итоги всего вышесказанного, следует отметить, что предлагаемая реформа уголовного судопроизводства может вызывать сомнения с точки зрения некоторых процессуальных принципов, в том числе, принципа материальной истины.²⁵ Перенос бремени доказывания на процессуальные стороны (в том числе, на защиту), вместе с широким масштабом консенсуальных форм окончания производства, может углублять сомнения, вытекающие из их существующего до сих пор функционирования.²⁶ Новеллизация, несомненно, возлагает новые обязанности на защиту, обременяя её, реальным образом, общей ответственностью за результат процесса. Поэтому можно опасаться, не перечеркнут ли финансовые обстоятельства, связанные с широким участием защитников в уголовном судопроизводстве (в том числе, также юрисконсультов), идеи широкого доступа обвиняемых к правовой защите. В противном же случае прежнюю актуальность сохранит правило Анатоля Франса, который уже много лет тому назад заметил, что: ”Закон, имея в виду свое величественное равенство, запрещает как бедным, так и богатым спать на улице, нищенствовать и воровать хлеб”.

25 См. напр. J. Skorupka, *Zasada prawdy materialnej w projekcie noweli kodeksu postępowania karnego opracowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego*, (w:) *Państwo prawa i prawo karne*, *op. cit.*, s. 1745-1756.

26 R. Kmieciak, *O zasadzie prawdy materialnej, konsensualizmie i gwarancjach procesowych osoby niewinnej*, (w:) *Zasada prawdy materialnej Materiały z konferencji, Krasieczyn 15-16 października 2006* (red. Z. Sobolewski, G. Artymiak), Zakamycze 2006 s. 148-149. Zob. także: H. Paluszkiwicz, S. Stachowiak, *Rozwiązania konsensualne wprowadzone do polskiego procesu karnego a wykrycie prawdy*, (w:) *Zasada prawdy materialnej, op. cit.* s. 91-110; Z. Świda, W. Jasiński, M. Kuźma, *Dyrektywa rozstrzygnięcia sprawy „w rozsądnym terminie” a realizacja zasady prawdy materialnej w polskim procesie karnym*, (w:) *Zasada prawdy materialnej*, *j.w.*, s. 20-23;

**THE PROPOSED AMENDMENT TO THE POLISH CRIMINAL PROCEDURE FROM
THE PERSPECTIVE OF SOME OF THE PROCEDURAL PRINCIPLES**

The article aims to present the analysis of the future reform of criminal procedure from the perspective of certain procedural principles. The foundation of the proposed amendment is the principle of an adversarial hearing and the release of the Court from the obligation to carry out evidence *ex officio*. The reform provides also for the extension of the scope of procedural agreements leading to the accelerated completion of criminal proceedings.

Such proposals may raise concerns from the point of view of the principle of objective truth and the principle of equality of arms. Pursuant to art. 42 (2) of the Constitution and to art. 6 of the CCP, it is believed that the right to defence in the Polish criminal process covers both the substantive aspect (as the sum of guarantees given to the defendant with regards to his defence in a process) and the formal aspect (the defendant's right to receive assistance of a defence counsel). Even though the quality of a defence counsel's work should be considered as one of the guarantees of due process, it must be stated that, in the context of the Polish criminal process system in the 21st century, there are constraints on the effectiveness of the defence that are independent of the defence counsel's efforts.

Key words:

Reform, criminal procedure, adversarial hearing, objective truth, right to defence.

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА АКТОВ МЕЖДУНАРОДНОГО АГЕНТСТВА ПО АТОМНОЙ ЭНЕРГИИ В УСЛОВИЯХ СОВРЕМЕННОГО МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВОПОРЯДКА

Начиная разговор о правовой природе актов МАГАТЭ, к каким бы выводам мы не пришли в ходе исследования, необходимо сразу оговориться, что разработкой подобных актов занимаются и другие международные (межправительственные) организации, скажем: ЕС (Европейский Союз), ВМО (Всемирная метеорологическая организация), ИМО (Международная морская организация), ИКАО (Международная организация гражданской авиации), ВОЗ (Всемирная организация здравоохранения) и т.д.

Однако, учитывая исключительную роль Агентства в деле поддержания международной безопасности, {можно, даже провести некую параллель с деятельностью Совета Безопасности ООН, в том плане, что Совет Безопасности – главный орган, ответственный за поддержание международной безопасности, и его правосубъектность в данной сфере носит универсальный характер, в то время как правосубъектность МАГАТЭ – ограничена его Уставом и носит специальный характер} требуется констатировать особую значимость нормотворческой деятельности МАГАТЭ.

Ст. III А. 6 Устава прямо предусматривает издание норм безопасности в качестве одной из основных функций Агентства. Причем нормы безопасности должны применяться как к собственной его деятельности, так и к деятельности других организаций и лиц, при которой используются материалы, услуги, оборудование, технические средства, предоставляемые МАГАТЭ, или по его требованию, или под его контролем, или наблюдением, и обеспечить, по требованию сторон, применение этих норм к деятельности, проводимой на основании любого двустороннего или многостороннего соглашения, или, по требованию того или иного государства, к любому виду деятельности этого государства в области атомной энергии.

Такие правила и нормы безопасности, издаваемые МАГАТЭ, принято называть «стандартами здоровья и безопасности», которые необходимо отличать от «мер по здравоохранению и безопасности». В чем же их различие?

Под «стандартами здравоохранения и безопасности» Совет управляющих МАГАТЭ понимает «...нормы, правила или рекомендации, установленные для того, чтобы охранять здоровье и свести к минимуму опасность для жизни и имущества».¹ Стандарты утверждаются Советом управляющих и должны удовлетворять определенным требованиям: быть согласованы с нормами, выработанными другими международными организациями, компетенция которых в соответствующих областях является признанной; быть приемлемы для международного сообщества. Меры по здравоохранению и безопасности МАГАТЭ, по определению Совета управляющих, - «...действия, процедуры или условия...», применяемые для обеспечения выполнения стандартов. какова же юридическая природа стандартов МАГАТЭ?

Рассмотрение данного вопроса целесообразно начать с определения понятия «международные стандарты», как таковые. Можно предложить следующее определение: международный стандарт - это правило поведения, имеющее общий характер, принимаемое, в большинстве своем, как правило, компетентными международными организациями и содержащее в себе минимальный, с точки зрения необходимости, набор прав, правомочий и требований в той или иной области деятельности, которые государства, при наличии определенных условий, закрепляют в национальном законодательстве и, тем самым, делают их обязательными. При этом ничто не препятствует государствам предоставить больший объем прав, правомочий и требований, чем это предусмотрено в стандарте.

На наш взгляд, можно выделить следующие виды международных стандартов:

- 1) Обязательные для государств правила и требования безопасности, закрепленные в международных договорах, в число которых входят: а) договоры, содержащие общепризнанные нормы международного права или, другими словами, императивные нормы общего международного права (*jus cogens*). Согласно ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., императивная норма общего международного права (*jus cogens*) принимается и признается международным сообществом в целом и может изменяться последующей нормой общего международного права, носящего такой же характер.² Такие договоры

1 См.: Док. МАГАТЭ INFCIRC/18/RevJ.

2 См.: Международное публичное право. Сборник документов/сост. К.А. Бекяшев, А.Г. Ходаков. Т. 1. М., 1996. С. 79.

подлежат исполнению всеми без исключения государствами, отклонение от них не допустимо; б) региональные международные договоры; с) двусторонние и многосторонние международные договоры.

В ряде стран требуется издание специальных внутригосударственных актов для трансформации норм международного права в национальное законодательство. Что касается Российской Федерации, то, в соответствии с п. 4 ст. 15 конституции РФ 1993 г., «... общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры, заключенные Российской Федерацией, являются составной частью ее правовой системы...», то есть на территории России установлен порядок их прямого действия. Согласно смыслу данной статьи, указанные выше международные договоры (а значит и содержащиеся в них стандарты безопасности) при условии прохождения всех стадий заключения международного договора, а также при выполнении особых требований к вступлению договора в силу, вытекающих из его текста, не нуждаются в особом закреплении во внутреннем законодательстве Российской Федерации и не требуют принятия специальных законов.

Применительно к предмету нашего исследования можно назвать следующие международные договоры, содержащие обязательные стандарты (правила и требования ядерной безопасности и радиационной защиты): конвенция о физической защите ядерного материала 1980 г.; конвенции об оперативном оповещении и помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации 1986 г.; конвенция о ядерной безопасности 1994 г. и др.

2) Регламенты, принимаемые международными организациями (ЕС, ИМО, ИКАО, МАГАТЭ и др.).³ Такие правила становятся обязательными после их закрепления во внутреннем законодательстве государств или в международном договоре.

Попытаемся разобраться в чем суть правил (стандартов безопасности), принимаемых Международным агентством по атомной энергии.

Правила Агентства - акт межгосударственной организации. А последние могут участвовать в создании норм международного права в следующих случаях: 1) самостоятельно принимать решения нормоустановительного характера, если таким правом они наделены;⁴ 2) совместно с другими государствами, международными организациями заключать международные договоры. Так, ст. III Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. пред-

3 См., например: Малинин С.А., Ковалева Т.М. Соглашения международных межправительственных организаций: функциональный анализ применительно к международной морской организации//Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия 6. 1992. Выпуск 4. С. 93-101.

4 См: Малинин С.А. О правотворческой деятельности межгосударственных организаций//Советский ежегодник международного права, 1971.М., 1973. С. 178-179.

усматривает, что международные организации могут заключать международные соглашения, которые по своей природе - суть международные договоры, а по своей юридической силе не отличаются от соглашений, заключенных между типичными субъектами международного права;⁵ 3) давать рекомендации по закреплению определенных положений в международных договорах или во внутреннем законодательстве государств. Если говорить о решениях международных организаций, то они играют, как правило, вспомогательную роль и носят рекомендательный характер. По внутриорганизационным вопросам решения, хотя и носят обязывающий характер, но не являются во всех случаях нормами международного права. Дело в том, что они относятся к так называемому внутреннему праву той или иной организации, а нормы этого права не однозначны по своей юридической природе.⁶

В МАГАТЭ разработкой стандартов в области радиационной защиты и ядерной безопасности занимаются два органа: Генеральная конференция и Совет управляющих. Совет управляющих, например, может осуществлять достаточно широкий круг действий без получения на то санкций Генеральной конференции. В частности, он одобряет все проекты соглашений о гарантиях, рассматривает любые случаи нарушения гарантий, сообщает о них Совету Безопасности и Генеральной Ассамблее ООН, принимает «корректирующие меры» для ликвидации нарушений и т.д. Однако необходимо сделать оговорку о том, что решения в связи с осуществлением указанных действий либо носят внутриорганизационный характер, либо являются исполнительными постановлениями.

Строго говоря, Совет управляющих - исполнительный орган МАГАТЭ и не может принимать постановления, содержащие общие нормы международного права. Данный вывод вытекает из анализа Устава Агентства (ст. V п. D,F), в соответствии с которым Генеральная конференция может отменить любое решение Совета управляющих. Генеральная конференция обладает высшей прерогативой власти и может решать многие вопросы, как то: выборы членов Совета управляющих, прием в члены, утверждение бюджета и др.(ст. V п. E Устава МАГАТЭ). Решения по ним касаются конкретных ситуаций и конкрет-

5 О правовой сущности договоров, заключаемых международными организациями см., например: Международные организации, М., 1994; Международные организации системы ООН. Справочник. М., 1990; Морозов Г.И. Международные организации. Некоторые вопросы теории. М., 1974; Шреппер Х.А. Международные организации. Справочник. М., 1995; Amerasinghe C.F. Principles of the Institutional Law and Organizations Cambridge, 1996; Vandervort Thomas L.R. International Law and Organization. London, 1997; Sato Tetsuo. Evolving Constitutions of International Organization. Dordrecht, 1996; Manual of International Law. Ed. by M. Sorensen. L-N.Y., 1968. Pp. 177-178; Chju H. The Capacity of International Organizations to Conclude Treaties and Special Legal Aspects of the Treaties so Concluded. The Hague, 1966

6 См.: Ковалева Т.М. Юридическая квалификация стандартов Международной морской организации/Актуальные вопросы морского права. М., 1990. С. 86-96; Маргиев В.И. Внутреннее право международных организаций. Владикавказ, 1995.

ных адресатов, то есть, не могут содержать правил, носящих характер правовых норм.

Одним из важных аспектов деятельности Агентства, безусловно, является разработка проектов многосторонних конвенций и административно-технических правил в области мирного использования атомной энергии (правила, регламентирующие систему гарантий, правила безопасности при использовании радиоактивных материалов и др.)

Если участие МАГАТЭ в подготовке проектов конвенций можно с полным основанием отнести к начальной стадии процесса создания норм международного права, то определение юридической природы административно-технических актов требует серьезных размышлений, принимая во внимание тот факт, что в правовой литературе до сих пор не сложилось единого мнения на этот счет.⁷

Правила безопасности, как считает Д.А.Фишер, не должны быть обязательными, а скорее служат руководством по обеспечению безопасности при обращении с радиоактивными материалами,⁸ то есть, подобные документы - суть международные рекомендации.

Тогда возникает другой вопрос: что есть рекомендация и как относиться к такому понятию как рекомендательная норма?

Приверженцем идеи реальности существования наряду с обязательными нормами международного права и рекомендательных норм является Г.М. Вельяминов.⁹ По его мнению, рекомендательная норма обладает тем же набором характерных признаков, что и обязательная; единственное ее исключение состоит в том, что предусматриваемые ею правоотношения возникают, изменяются или прекращаются не в силу самой нормы, а лишь в результате предъявленных волеизъявлений субъектов права под воздействием целевой установки нормы.

Г.И. Тункин подвергнул большому сомнению факт наличия в международном праве такого явления как рекомендательная норма.¹⁰ Мало того, Г.И. Тункин считал, что регламенты «...являются по своему существу международ-

7 De Burga G. EC Law. Text, Cases and Materials. London, 1998, Weatherill S. Cases and Materials on EC Law. London, 1996.

8 Fisher D.A.V. The International Atomic Energy Agency. Nuclear Law for a Developing World IAEA. Legal Series №5.

9 Вельяминов Г.М. О понятии нормы международного право//Советский ежегодник международного права. 1971.М., 1973. С. 138-139.

10 Тункин Г.И. XXVсъезд КПСС и основные проблемы советской науки международного права. //Советский ежегодник международного права, 1976. М.,1978. С. 17.

ными договорами».¹¹ Такого же мнения придерживаются: А.Н. Верещагин,¹² Е.А. Шibaева,¹³ Г.В. Игнатенко.¹⁴

Рассмотренная выше точка зрения является все-таки спорной, хотя и имеет право на своё существование. По крайней мере, реально существуют программные нормы, которые иначе чем рекомендательными не назовешь. Программные нормы, будучи по своей природе рекомендациями, тем не менее, обязательны для государств с точки зрения перспективного регулирования. Например, конечная цель Московского договора о запрещении испытаний ядерного оружия в трех средах 1963 г. -- всеобщее и полное разоружение.

Однако, сказанное вовсе не означает, что административно-регламентационные акты являются юридически обязательными. Правила административно-регламентационных актов, принимаемых международными организациями, а значит и правила безопасности МАГАТЭ, так называемые стандарты здравоохранения и безопасности, на наш взгляд, носят рекомендательный характер, они не являются нормами, ибо у них отсутствует такой обязательный признак нормы международного права, как обязательность. Для приобретения подобного качества стандарты Агентства должны быть так или иначе одобрены или, иными словами, санкционированы государствами, что может быть осуществлено в различных формах.¹⁵ При этом важно отметить, что процедура одобрения стандартов является более упрощенной по сравнению с процессом трансформации международных норм в национальное законодательство (в тех государствах, где отсутствует прямое действие международного права).

Исключение из данного правила, пожалуй, составляют акты, принимаемые в рамках Европейского Союза (ЕС). Регламенты ЕС действительно обладают юридически обязательной силой для государств-членов. Однако рассмотрение подобных актов – предмет самостоятельного научного исследования.

11 Тункин Г.И. Теория международного права. М., 1971. С. 121.

12 Актуальные вопросы международного воздушного права. М., 1973. С. 72.

13 Шibaева Е.А. Специализированные учреждения ООН (Международно-правовые аспекты). М., 1966. С.104-105.

14 Игнатенко Г.В. – Рец. Г.И. Тункин Теория международного права// Советский ежегодник международного права. 1971. М., 1973. С. 399.

15 См. подробнее: Малинин С.А., Ковалева Т.М. Правовая природа административно-регламентационных актов, издаваемых межгосударственными организациями// Малинин С.А. Избранное. СПб., 2003. С. 72-73.

**LEGAL NATURE OF IAEA (INTERNATIONAL ATOMIC ENERGY AGENCY)'S
ACTS IN FRAMES OF MODERN INTERNATIONAL LEGAL ORDER**

This article deals with some of the problems associated with modern international-legal science as practiced in international relations, namely, the interpretation and determination of the legal nature of IAEA's acts (standards, rules, administrative safety regulations and others). The problems of possible military nuclear activity by some states are very difficult and sophisticated. These problems must be decided in the near future. The role of IAEA in such a modern geopolitical situation concerning the efficiency of the non-proliferation treaty' regime, is really exclusive. Determining the legal nature of IAEA's acts, their obligatory or recommendatory character, allows the international community to price the cost of non-proliferation' perspectives and international security.

Key words:

Non-proliferation mechanism, nuclear disarmament, international safety, culture of nuclear security, safety standards of the IAEA, rules and norms of the IAEA.

ЗАМЕЧАНИЯ DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA НА ТЕМУ ВОЗОБНОВЛЕНИЯ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ ВО ВРЕД ОБВИНЯЕМОМУ

1. Возобновление производства по уголовному делу – это исключительный институт уголовного процесса, осуществляющий проверку и отмену вступившего в законную силу приговора или судебного решения, оканчивающих производство по делу. Его главной целью является «установление материальной истины и создание возможности для устранения судебных ошибок, которые повлияли на неправильное содержание судебного решения, вступившего в законную силу»¹, и которые, в большой степени, не зависели от суда.² Его дополнительная цель – это также „деятельность судов высшей инстанции, направленная на формирование единства судебной практики, посредством указания на юридические ошибки и установления соответствующего единого толкования положений закона”³.

Нельзя оспаривать значение этого института, нельзя также оспаривать тезис, что отказ в возможности возобновления производства по уголовному делу означает введение фикции, предполагающей, что окончательное решение, вынесенное полномочным судом и вступившее в законную силу, отвечает объективной истине и соответствует положениям закона (*rei iudicata pro veritate accipitur*). Это означает не что иное, как толерирование ошибочных судебных решений вопреки объективной истине, а ведь честный процесс должен обладать эффективностью, чтобы по мере возможности обеспечить установление объективной истины и применение, по отношению к действительному испол-

1 Ср. М. Білґ, А. Мурзыновски, *Wznowienie postępowania karnego w PRL w świetle prawa i praktyki*, Warszawa 1980, с. 6. Также Z. Doda (*Rewizja nadzwyczajna w polskim procesie karnym*, Warszawa 1972, с. 11) обсуждая проблематику чрезвычайной ревизии указывает, что это средство контроля судебных решений, вступивших в законную силу „является дополнительным гарантом правильности судебной практики”; А. Sakowicz, *Wznowienie postępowania na niekorzyść oskarżonego. Między sprawiedliwością materialną a zasadą pewności prawa*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2011. Księga dedykowane dr Ewie Weigend, с. 265.

2 S. Waltoś, *Proces karny*, Warszawa 2010, с санкцій 569.

3 М. Білґ, А. Мурзыновски, *Wznowienie postępowania karnego w PRL w świetle prawa i praktyki*, Warszawa 1980, 7.

нителю преступления, справедливых правовых последствий⁴, и, таким образом, справедливо применены нормы материального уголовного права. Это применение включает в себе наказание государством исполнителя запрещенного деяния, соответственно степени его вины и характеру совершенного преступления.

Кроме того, исключение возможности оспорить окончательное решение, вынесенное полномочным судом и вступившее в законную силу, и признание того, что фикция одержала победу над материальной истиной, вызвало бы ослабление общественного чувства законности у общества, потому, что – как подчеркивает С. Сливиньски – „не было бы у невиновного осужденного никакого процессуального средства спасения (кроме права на помилование), не было бы возможности снять с невиновного человека обвинение, позорящую его и его семью”⁵. Это подрывало бы также доверие граждан к реализуемой судом справедливости и противоречило бы интересу авторитета правосудия. Следует еще раз сослаться на мнение С. Сливиньского, который правильно указывает на необходимость определения „в положениях закона пути к устранению ошибки, вследствие которой преступник избежал карающей руки справедливости и заслуженного наказания, благодаря иногда своим преступным махинациям или махинациям других лиц. Безнаказанность преступления, вызванная ошибкой в области фактических основ судебного решения, не может толерироваться, ошибка должна быть исправлена в рамках соответствующих положений закона, предусматривающих возобновление производства во вред обвиняемому”⁶.

Однако, с другой стороны, можно поставить риторический вопрос, является ли справедливым непрерывный и безграничный поиск объективной истины и стремление достичь окончательного решения, выгодного с перспективы собственных интересов посредством многократного осуществления процессуальных действий против одного и того же лица, обвиняемого в одном и том же запрещенном деянии? Можно ли говорить о добросовестности в честном процессе, если все время открыт путь для очередного производства по этому же делу, по отношению к этому же лицу, и нет перспектив на окончание уголовного судопроизводства судебным решением, вынесенным полномочным судом и вступившим в законную силу?

4 A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, c. 57.

5 Cp. S. Śliwiński, *Wznowienie postępowania karnego w prawie polskim na tle prawno-porównawczym*, Warszawa 1957, s. 9. О честности уголовного процесса перед обществом пишет также А. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, c. 57; A. Sakowicz, *Wznowienie postępowania na niekorzyść oskarżonego. Między sprawiedliwością materialną a zasadą pewności prawa*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2011. Księga dedykowana dr Ewie Weigend, c. 265-266.

6 S. Śliwiński, *Wznowienie postępowania karnego...*, c. 9-10.

Следует подчеркнуть, что одобрение такого подхода было бы абсолютным недоразумением. Оно лишало бы гражданина права на защиту от злоупотребления *ius puniendi* государства, сводящегося к повторному осуществлению процессуальных действий и наказанию за одно и то же деяние одного и того же лица. Поэтому не удивляет тезис судьи Власка, который констатирует, что „нельзя позволять государству, с его средствами и властью, делать повторные попытки осуждения гражданина за преступление, в котором он обвиняется, обременяя его, таким образом, хлопотами, расходами и трудными испытаниями, принуждая его жить в состоянии постоянного беспокойства и отсутствия безопасности, а также увеличивая риск, что даже невиновное лицо может быть признано виновным”.⁷ Похожий подход встречается в немецкой литературе, где концепция безопасности заключается в том, что исполнитель деяния, который был осужден государственными органами, не может быть второй раз осужден за это же деяние по этому же делу. Государство, возобновляя и осуществляя производство против определенного лица, использует свое право на осуждение [уголовное преследование] исполнителя преступления (*die Strafklage verbraucht*).⁸ Это позволило принять немецкой науке идею, что принцип правовой безопасности имеет первенство по отношению к принципу материальной справедливости.

Учитывая все вышесказанное, следует подчеркнуть, что каждое вмешательство в судебное решение, вступившее в законную силу, должно иметь исключительный характер, а правовые нормы, формирующие это вмешательство, должны подлежать ограничительному толкованию. Это, несомненно, касается также института возобновления производства по уголовному делу, который нарушает стабильность вступивших в силу судебных решений и нарушает принцип *ne bis in idem*, что представляет собой нарушения принципа правового государства. Нельзя не упомянуть о значении принципа правового государства, который включает в свое содержание, принцип доверия граждан к государству и установленным им законам, являясь эманацией „состава системных свойств этих законов”, гарантирующих личности правовую/юридическую безопасность.⁹ КТ [конституционный трибунал] так понимаемается стабильность права, что право дает „вместе с тем его предсказуемость и, посредством этого, позволяет гражданам управлять своим поведением, так как знают они основания действия государственных органов и правовые последствия, которые их действия могут повлечь за собой”. КТ также подчеркнул, что

7 См. *Green v. United States*, 355 U.S. 184, 187-188 (1957).

8 Ср. F.-C. Schroeder, *Die Rechtsnatur des Grundsatzes „ne bis in idem”*, JuS 1997, с. 288; B. Pieroth, (w:) H.D. Jarass, B. Pieroth, GG. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, München 2007, с. 993, nb. 63; Ch. Degenhart, (w:) M. Sachs (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, München 2007, с. 1986; A. Sakowicz, *Wznowienie postępowania na niekorzyść oskarżonego...*, с. 267.

9 P. 14/2003, ОТК ZU 2004, Nr 7, ст. 62.

принцип стабильности права „требуется, чтобы лицо имело возможность определения последствий поведения отдельных людей и событий на почве действующего в данный момент правового состояния и могло обоснованно ожидать, что законодатель арбитральным образом их не изменит”. Иначе говоря, принцип стабильности права будет нарушен законодателем лишь тогда, когда решение, вынесенное на основании закона, в объективной действительности будет для гражданина неожиданным, ибо в данных обстоятельствах не мог он такого предусмотреть.¹⁰

Без какого-либо сомнения можем сказать, что стабильность права неразрывно связана с судебным правоприменением. Было бы нельзя говорить о возможности присвоения праву свойства „стабильности” в ситуации, когда судебные решения не были бы „стабильными”, ведь стабильность судебных решений является „необходимым элементом функционирования права в обществе”.¹¹ Иначе говоря, отсутствие института законной силы обозначало бы существование состояния постоянной неуверенности относительно правовой ситуации для личности. Выражением стабильности судебных решений – или, смотря шире, – стабильности права, является законная сила судебных решений. Её последствием, в виде заключительного окончания процесса и запрета проведения повторного производства против того же лица, относящегося к тому же деянию, являются гарантии ненарушения сферы свобод и прав личности в масштабе, выходящем за пределы последствий, вызванных судебным решением, вступившим в законную силу. Важную роль, в этом отношении, в современном уголовном процессе играет принцип *ne bis in idem*, являющийся гарантией, что никто не будет больше, чем один раз, привлечен к уголовной ответственности за одно и то же деяние, запрещенное уголовным законом под угрозой наказания.¹² Отсюда вытекают две предпосылки. Первая относится к ситуации, в которой раньше возбужденное производство по делу против одного и того же лица, обвиняемого в одном и том же деянии, уже окончилось вынесением полномочным судом судебного решения, вступившего в законную силу (*res iudicata*), вторая же – предполагает, что иск по ранее возбужденному производству по делу против одного и того же лица, обвиняемого в одном и том же деянии, находится на рассмотрении (*lis pendens*). Несомненно, первая из предпосылок ведет к ограничению фундаментального принципа материальной истины, являясь, тем самым, ограничением в познании истины, во имя правовой безопасности личности в том смысле, что вынесенное по её делу решение, вступившее в законную силу, является окончательным и не может быть повторно пересмотрено. Таким образом, лицо защищено от возможного злоу-

10 A. Sakowicz, Wznowienie postępowania na niekorzyść oskarżonego..., с. 268.

11 J. Wróblewski: Wartość a decyzja sądowa, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1973, с. 94.

12 В этой области см. шире А. Sakowicz, Zasada *ne bis in idem* w prawie karnym, Białystok 2011, с. 33 и сл.

потребления властью со стороны государства, а защита стабильности решений суда увеличивает в обществе доверие к действующему в данной стране правопорядку, функционированию органов уголовного преследования и органов правосудия.

Вышеуказанная коллизия двух ценностей – материальной справедливости и правового государства – позволяет сделать определенное обобщение. Правильно отмечается в литературе, что чем сильнее стабильность судебных решений, тем большая опасность оставления в силе и исполнения несправедливого судебного решения, с другой же стороны – чем шире возможности оспаривания решений, вынесенных полномочными судами и вступивших в законную силу, тем слабее чувство правовой безопасности и доверие людей к судебным решениям, вступившим в законную силу.¹³ Имея это в виду следует оставить в стороне односторонние позиции, направленные или на защиту материальной справедливости или на соблюдение законной силы судебного решения. Поэтому, необходимым является поиск компромисса между этими двумя ценностями. Однако не все так просто, особенно, если предметом анализа сделаем возобновление производства во вред обвиняемому.

2. Возможность возобновления производства по делу во вред обвиняемому отнюдь не чужда польскому уголовно-процессуальному закону, хотя в нашем законодательстве это является исключением среди возможностей воспользоваться этой формой в порядке чрезвычайного обжалования судебных решений и приговоров в пользу обвиняемого. Однако существуют правовые системы, которые не предусматривают возможности возобновления производства по делу во вред обвиняемому (то есть, возобновления *in malam partem*). Такие правовые решения мы найдем в бельгийском, французском, итальянском, португальском и испанском законодательствах.¹⁴ В каждом из этих государств существует возможность возобновления производства по делу исключительно в пользу обвиняемого, хотя в некоторых из них и это возобновление ограничено (напр. во Франции) из-за глубокой веры в принцип, что судебное решение, вступившее в законную силу считается объективной истиной (*rei iudicata pro veritate habetur*).

Возвращаясь к отечественному законодательству следует подчеркнуть, что в польском кодексе уголовного производства институт возобновления про-

13 Cp. S. Steinborn, Gwarancja funkcja prawomocności i jej konsekwencje dla zakresu orzeczeń zdolnych do uprawomocnienia się, (в:) J. Skorupka (red.), Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry, Warszawa 2009, с. 236; в старейшей же литературе смотри: M. Biłyj, A. Murzynowski, Wznowienie..., с. 11; S. Śliwiński, Wznowienie..., с. 7-9; A. Kaftal, Kontrola prawomocnych orzeczeń w polskim procesie karnym, Warszawa 1971, с. 9-10; A. Sakowicz, Wznowienie postępowania na niekorzyść oskarżonego..., с. 269.

14 См. шире на эту тему S. Swoboda, Das Recht der Wiederaufnahme in Europa, HRRS Mai 2009, Heft 5, с. 190-191 и указанная там литература; A. Sakowicz, Wznowienie postępowania na niekorzyść oskarżonego..., с. 269-270.

изводства по уголовному делу регулируют четыре положения: ст. 540, 540а, 540б и 542 § 3 УПК, которые содержат правовые нормы, позволяющие, во многих случаях, возобновить производство – как в пользу, так и во вред обвиняемому. Итак, на основании положений действующего кодекса, выделяем следующие основы возобновления производства по уголовному делу:

- a) установление, что в связи с производством было совершено преступление и существует обоснованное опасение, что это могло повлиять на содержание судебного решения (так наз. *propter falsa* – ст. 540 § 1 п 1 УПК);
- b) выявление, после вынесения судебного решения, новых (для суда) фактов или доказательств, указывающих на недостатки судебного решения, перечисленных, в закрытом перечне, в ст. 540 § 1 п 2 букв. а, б и с УПК, указывающих, что
 - осужденный не совершил деяния или его деяние не являлось преступлением или не подлежало наказанию,
 - он был осужден за совершение преступления, за которое угрожает более строгое наказание или не были приняты во внимание обстоятельства, влияющие на чрезвычайное смягчение наказания или были ошибочно приняты обстоятельства, влияющие на чрезвычайное отягчение наказания,
 - суд прекратил или условно прекратил производство по уголовному делу, ошибочно принимая совершение обвиняемым деяния, в котором он обвиняется (так наз. *propter nova*);
- c) лишение – в результате решения конституционного трибунала – законной силы или изменение положения закона, являющегося основой осуждения или условного прекращения производства по делу (ст. 540 § 2 УПК);
- d) решение международного органа, действующего на основании международного договора, ратифицированного Республикой Польша, в содержании которого было установлено нарушение польским органом норм договора и сформулированы соответствующие рекомендации, имеющие своей целью устранение последствий данного нарушения (ст. 540 § 3 УПК);
- e) в случае если осужденный – по отношению к которому были применены ст. 60 § 3 и 4 УК I или 36 УПК (институт так наз. малого коронного свидетеля) – откажется от соглашения, не подтверждая в уголовном процессе данных собой показаний, или
- f) если после так называемого абсорбционного прекращения [судопроизводство можно прекратить, если назначение по отношению к обви-

няемому наказания было бы нецелесообразным из-за вида и размера наказания, назначенного в законном порядке за другое преступление – принцип поглощения] (ст. 11 § 1) произойдет отмена (например в порядке кассации или возобновления) приговора, который явился основой прекращения или существенное изменение его содержания (ст. 11 § 3 УПК, ст. 540a УПК);

- g) появление причины по ст. 439 § 1 в совокупн. со ст. 542 § 2 УПК, а также
- h) если судебный процесс окончился вынесением судебного решения, вступившего в законную силу в отсутствие обвиняемого, если не был он уведомлен о времени судебного заседания и о вынесении судебного решения (ст. 540b УПК).

Возобновление производства по уголовному делу во вред обвиняемому может быть в трех случаях.

Во-первых, если в связи с уголовным производством было совершено преступление и существует обоснованное опасение, что это могло повлиять на содержание судебного решения (ст. 540 § 1 п 1 УПК). Для того, чтобы воспользоваться данным основанием для возобновления производства, определяемой в литературе как *propter falsa, ex delicto* или *propter crimen*¹⁵, необходимым является определение её условий. Они содержатся в ст. 541 УПК, указывающей, что основа *propter falsa* требует подтверждения преступления обвинительным приговором, вступившим в законную силу, разве что такое судебное решение не может быть вынесено по причинам, обосновывающих отказ в возобновлении производства или его прекращении на основе ст. 17 § 1 п. 3-11, или из-за необходимости приостановления производства по делу на основе ст. 22 УПК, или доказание его связи с производством¹⁶, по которому подано заявление о возобновлении. Законодатель не требует доказывания, что преступление, которое было совершено в связи с производством, повлияло на судебное решение. Достаточно, в этом отношении, является существование „обоснованной основы принять”, то есть, обоснованного предположения, что такое влияние могло иметь место, а не уверенности, свидетельствующей о такой ситуации.

Положение ст. 540 § 1 п 1 УПК не указывает конкретный вид преступления, которое может послужить основой для возобновления производства. Поэтому, не вызывает сомнения тот факт, что это может быть любое преступление, а не только совершенное участником процесса, лишь бы в его пределах имели место предпосылки, указанные в ст. 540 § 1 п. 1 УПК.¹⁷ Более того, если по-

15 Hanp. T. Grzegorzcyk, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2008, c. 1137.

16 M. Cieślaka, Z. Dody, Przegląd orzecznictwa, Palestra 1978, z. 1, c. 58; A. Sakowicz, Wznowienie postępowania na niekorzyść oskarżonego..., c. 270

17 J. Grajewski, Przebieg procesu karnego, Warszawa 2008, c. 362.

сле вступления судебного решения в законную силу будет обнаружено новое, до сих пор неизвестное доказательство, указывающее, что решение было вынесено на основе ложного показания, тогда законным основанием заявления о возобновлении производства будет являться только ст. 540 § 1 п. 1 УПК, если будут исполнены условия ст. 541 УПК.¹⁸ Тем не менее, в ситуации, когда такое новое доказательство указывало „на обстоятельства, о которых идет речь в § 1 п. 2, то, по существу, нет препятствий для возобновления *de novis*, с тем, что нельзя в производстве о возобновлении устанавливать возникновение и существования преступления”.¹⁹ Иначе говоря, в вышеуказанной системе возможным является лишь расследование, отвечает ли доказательство условиям, указанным в ст. 540 § 1 п. 2 УПК.²⁰

Две другие возможности возобновления производства по уголовному делу содержит ст. 540а УПК. Первая из них относится к обвиняемому, осужденному вступившим в силу судебным решением с чрезвычайным смягчением наказания на основании ст. 60 § 3 или 4 УК а также на основании ст. 36 § 3 УФк, который не подтвердил в другом уголовном судопроизводстве выявленных ранее сведений. В свою очередь, вторая возможность связана с так называемым абсорбционным прекращением (ст. 11 УПК), когда приговор, который явился основой для так называемого абсорбционного прекращения был отменен в порядке кассации или возобновления уголовного производства или произошло существенное изменение содержания этого судебного решения.

3. Кажется, что кроме этих трех оснований для возобновления производства во вред обвиняемому, в области *de lege lata* существует возможность введения четвертого основания, то есть, допускающей возобновление уголовного судопроизводства *in malam partem*, когда, после вынесения вступившего в силу оправдательного приговора, появятся новые факты или доказательства – неизвестные суду в предыдущем производстве – указывающие на то, что осужденный совершил запрещенное деяние. Это не новая возможность - не неизвестная и не новаторская. В современной Европе такие решения применяются в процессуальном законодательстве например в Англии и в Уэльсе, Австрии, Болгарии, Финляндии, Норвегии, России, Румынии и Швеции.²¹ Однако обычно возможность возобновления производства во вред обвиняемому ограничена, напр. количеством запрещенных деяний или тяжестью конкретного преступного поведения (ст. 414 абз. 3 российского УПК) или угрожающим за данный вид запрещенного деяния наказанием в виде пожизненного лишения свободы

18 Postanowienie SN z 18 października 1978 r., Wp 3/78, OSNKW 1978, z. 12, poz. 150.

19 T. Grzegorzczuk, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2008, c. 1137.

20 Там же.

21 См. S. Swoboda, Das Recht der Wiederaufnahme in Europa..., c. 193, прим. 70.

(как это имеет место в Голландии).²² В свою очередь, в скандинавских странах произошла ссылка на минимальную угрозу, как отрицательную предпосылку, ограничивающую возможность возобновления производства во вред обвиняемому (например год лишения свободы в Швеции, два года лишения свободы в Финляндии или три года лишения свободы в Норвегии).²³

Несколько иначе эта проблема урегулирована в Англии и в Уэльсе, где имеется ограничение гарантийного института *double jeopardy* [вторичного привлечения к уголовной ответственности за одно и то же преступление], акцентируя, тем образом, более широкую потребность в области реализации материальной истины. Соответствующие решения нашлись в X части *the Criminal Justice Act* от 2003 г. (далее: CJA).²⁴ Согласно ст. 75 (1) CJA положения части X *Retrial for serious offences* применяются к лицам, которые были оправданы в совершении так называемых *qualifying offence*²⁵: в котором они обвиняются в производстве ведущимся в Англии или в Уэльсе. Если же обратимся к ст. 75 (4) и (5) CJA, мы заметим возможность повторного проведения производства, касающегося так наз. *qualifying offence* в случае оправдания лица не только судом Великобритании, но также судом другого государства.²⁶ Следует подчеркнуть, что по ст. 76 (4) CJA возобновление производства по отношению к так называемым *qualifying offence* может состояться после исполнения трех условий, то есть: a) появления новых и важных доказательств против оправданного лица (*new and compelling evidence against the acquitted person* (ст. 78 CJA)); b) интересы правосудия требуют проведения повторного производства а также c) проведение очередного производства не будет противоречить обязательствам Объединенного королевства в области соблюдения принципа *ne bis in idem*, которые вытекают из постановлений Договора о Европейском Союзе.²⁷ Положения X части *Retrial for serious offences* CJA создают также возможность отмены оправдательного решения и проведения повторного производства по делу, так наз. *the qualifying offence*. В такой ситуации необходимой является наличие двух условий - в виде существования „новых и мощных” доказательств (*new*

22 Надо добавить, что в настоящее время в Голландии ведется правотворческая работа, направленные на предоставление возможности возобновления производства in malam partem лицам, обвиняемым в неумышленном убийстве или в сексуальных преступлениях, <http://english.justitie.nl/currenttopics/pressreleases/archives-2011/110217more-options-for-revision-after-acquittal.aspx>, дата входа на сайт 20 апреля 2011 г.

23 S. Swoboda, Das Recht der Wiederaufnahme in Europa..., с. 193.

24 См. шире М. Rogalski, Przesłanka powagi rzeczy osądzonej w procesie karnym, Kraków 2005, с. 277; A. Sakowicz, Zasada *ne bis in idem* w prawie karnym, Białystok 2011, с. 110-110.

25 В приложении номер 5 к первой главе CJA указаны преступления, определенные как так наз. *qualifying offence*. Приложение содержит 29 самых тяжких преступлений, в том числе умышленное и неумышленное убийство, изнасилование, похищение, сексуальные преступления против детей, торговля наркотиками, теракты, военные преступления и против человечества; см. A. Sakowicz, Wznowienie postępowania na niekorzyść oskarżonego..., с. 272.

26 Cp. Bar Council of England and Wales, Response to Commission's Green Paper COM (2005) 696 final on: Conflicts of Jurisdiction and the Principle of *ne bis in idem* in Criminal Proceedings, с. 9; A. Sakowicz, Wznowienie postępowania na niekorzyść oskarżonego..., с. 272.

27 См. М. Rogalski, Przesłanka..., с. 281-282 и указанная там литература.

and compelling evidence) в понимании ст. 78 СJA а также интересы правосудия требуют проведения повторного производства по уголовному делу за одно и то же деяние (ст. 79 СJA).²⁸

Аргументом в защиту введения такой исключительной возможности возобновления производства по уголовному делу во вред обвиняемому является не только само стремление к осуществлению материальной справедливости, но также легкость достижения этой ценности. Нельзя оспаривать тезис, что современные исследования, например ДНК, позволяют объяснить необходимые обстоятельства, позволяют установить объективную истину, а ведь несколько или несколько десятков лет тому назад было это невозможным. Стоит ли однако, помимо такой возможности, жертвовать правовой безопасностью человека во имя достижения материальной справедливости? конечно, нет, и это относится к значительному количеству дел, оканчивающихся приговором, вступившим в законную силу. Однако отрицательный ответ не будет уже так решительным, если дело будет касаться убийства или сексуального преступления в ущерб малолетнего лица. Даже в случае принятия возобновления производства, оконченного оправдательным приговором, вступившим в законную силу, возобновление *in malam partem* должно быть исключением. Необходимыми в этой области будут ограничения, относящиеся напр. к тяжести преступления (то есть, только в пределах тяжкого преступления) или/и времени, в каком могло бы произойти возобновление, например 5 лет от оправдательного приговора, вступившего в законную силу.²⁹

Завершая вышеуказанные отдельные замечания на тему возобновления уголовного судопроизводства, нельзя не обратить внимания на подход к данной проблеме Европейского суда по правам человека. Среди богатой судебной практики ЕСПЧ можем встретить судебные решения, подчеркивающие, что понятие права на справедливое рассмотрение дела, вытекающее из ст. 6 абз. 1 конвенции, должно толковаться в связи с Преамбулой, в соответствии с которой, существенной частью совместного наследия и традиции государств – стран является принцип верховенства права, предполагающий соблюдение принципа *res iudicata*. Этот принцип исходит из того, что „ни одна из сторон не имеет права оспаривать окончательный и вступивший в законную силу приговор только с целью повторного рассмотрения и получения нового решения по делу. контроль судов высшей инстанции (наприме^р кассационных) должна осуществляться с целью исправления судебных и судейских ошибок, а не как субститут контроля (суда, разрешающего жалобы и протесты). контроль (наприме^р кассационный) не может трактоваться как камуфляж жалобы, а сама

28 A. Sakowicz, Wznowienie postępowania na niekorzyść oskarżonego..., с. 273

29 Там же, с. 273.

возможность повторного осмотра дела не является причиной для его повторного рассмотрения. Отказ от этого принципа обоснован лишь в существенных и абсолютно необходимых обстоятельствах”. Одновременно ЕСПЧ заметил, что принцип правовой стабильности, среди многих её элементов требует, чтобы судебное решение, вступившее в законную силу, окончательно решающее дело по его существу, в дальнейшем не оспаривалось. Иначе говоря, принцип правовой стабильности детерминирует необходимость соблюдения законной силы разрешенного дела.³⁰

Вышеуказанное мнение доказывает, что ни одна из сторон не имеет права требовать повторного проведения производства только с целью его повторного пересмотра и разрешения дела, если спор был уже разрешен в законном порядке. Итак, повторное рассмотрение дела должно иметь своей исключительной целью устранение судебных неправильностей и ошибок, поэтому, по мнению ЕСПЧ, чрезвычайные судебные процедуры, принимаемые во внимание по отношению к существенному судебному решению, вступившему в законную силу целью его потенциального оспаривания, должны допускаться лишь если это необходимо из-за обстоятельств большей тяжести и носит принудительный характер.³¹ В таких случаях право проведения контроля должно осуществляться так, чтобы в максимальной степени было сохранено равновесие между интересом лица и необходимостью обеспечения правильного осуществления правосудия.³²

30 Приговор ЕСПЧ от 23 июля 2003 г. по делу Ryabykh v. Rosji, № 52854/99, Lex; A. Sakowicz, Wznowienie postępowania na niekorzyść oskarżonego..., с. 274

31 Приговор ЕСПЧ от 18 ноября 2004 г. по делу Pravednaya v. Rosji, № 69529/01, Lex.

32 Приговор ЕСПЧ от 28 сентября 2006 г. по делу Prisyazhnikova i Dolgopolov, № 24247/04, Lex.

**DE LEGE LATA AND DE LEGE FERENDA NOTES ON RESUMPTION
OF PROCEEDINGS AGAINST THE ACCUSED**

This paper aims at analyzing the grounds for the reopening of proceedings in criminal cases to the disadvantage of a defendant (*in malam partem*). First of all the author presents arguments for and against the reopening of criminal cases. The author agrees that the principle of legal certainty is one of the fundamental aspects of the rule of law, which requires, among other things, that where the courts have finally determined an issue, their ruling should not be called into question. Reopening a case undermines the authority of the judiciary and therefore there is a need for balancing legal certainty with legality. The main part of the article concerns comparative analysis of the reopening of criminal procedure to the disadvantage of the defendant, as occurs in some systems of criminal law (e.g. the United Kingdom, France, Belgium, German, the Netherlands, Russia, Italy, Portugal, Spain and Poland). The paper indicates that, in **special cases, a closed criminal procedure can be reopened, and the defendant is acquitted or dismissed of all charges, if evidence is presented containing new facts (e.g. DNA tests) which could have influenced significantly the outcome of proceedings had they been disclosed at the time of the trial. Such** departures from the principle of legal certainty are justified only when made necessary by circumstances of a substantial and compelling character.

Key words:

A criminal procedure, the procedure for reopening of proceedings in criminal cases, the principle of legal certainty.

ПРАВО ПУБЛИЧНЫХ СОБРАНИЙ В СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ: КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОСНОВЫ И ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ²

I. Предисловие

Несомненным фактом является то, что в современной Российской Федерации идёт активное развитие законодательства о свободе собраний, а также существует богатая и весьма неоднозначная правоприменительная практика в данной сфере. В России и за рубежом широкую известность получило множество гражданских инициатив так или иначе связанных с борьбой за защиту права на организацию и проведение публичных мероприятий. Так, в середине 2009 года было основано всероссийское гражданское движение в защиту свободы собраний в России под названием «Стратегия 31», главной целью которого стало привлечение общественного внимания к проблемам реализации гражданами статьи 31 конституции РФ (т.е. конституционного права на свободу собраний).³ Организаторы «Стратегии 31» выбрали оригинальный способ для выражения своих взглядов и требований: проведение регулярных манифестаций 31 числа каждого месяца, в котором есть такая дата. Помимо данной инициативы в России на протяжении 2009-2012 гг. можно было наблюдать увеличение протестной активности в целом по стране, которая началась в Калининграде (митинги 2009-2012 гг.)⁴ и кульминацией которой стали многотысячные акции протеста в Москве (например, 24.12.2011 года на проспекте

1 E-mail: alexander.salenko@gmail.com

2 Данная статья подготовлена в рамках научно-исследовательского проекта на факультете права университета города Белосток, финансируемого фондом поддержки науки / фондом имени И. Мянковского (Jozef Mianowski Fund / A Foundation for the Promotion of Science). Автор статьи выражает свою благодарность коллегам на факультете права в Белостоке, а также сотрудникам фонда Мянковского за их поддержку и поддержку во время работы над данным материалом.

3 Стратегия 31. За свободу собраний! <http://31svoboda.livejournal.com/>

4 Александр Саленко. Янтарная революция. RUGRAD.EU. 24.02.2010. <http://rugrad.eu/communication/blogs/Magister/1013/>

имени академика Сахарова).⁵ Есть множество других фактов, убедительно свидетельствующих об актуальности рассматриваемой темы: протестные акции общества «синих ведёрок»⁶, выезд граждан для политического протеста за границу (например, акция калининградских активистов в Гданьске)⁷ и даже трагикомичная история с запретом «несанкционированного чаепития» в городе Новороссийск.⁸ Пожалуй апогеем в данном контексте является история с организацией «наномитингов», когда в ответ на фактический запрет публичного мероприятия в Барнауле его организаторы провели «игрушечный митинг», участие в котором принимали не люди, а детские куклы, снабжённые лозунгами с политическими требованиями. В 2012 году волна «наномитингов» прокатилась по другим городам России: Омск, Иркутск, Апатиты, Улан-Удэ и Санкт-Петербург.⁹

В связи с нарастающей протестной активностью были предприняты ответные действия российских властей. В середине 2012 года вступили в силу поправки в федеральное законодательство о свободе собраний, которые значительно увеличили ответственность за нарушение порядка организации и проведения собраний, митингов, демонстраций, шествий и пикетирования. В данной статье предпринята попытка проанализировать действующее российское законодательство о свободе собраний, в частности произвести разбор нововведений в закон о митингах и шествиях 2012 года, а также выявить и исследовать существующие проблемы правоприменительной практики при организации и проведении публичных мероприятий.

II. Правовое регулирование публичных собраний в России

В рамках российской правовой системы основополагающим нормативным правовым актом, регулирующим право публичных собраний, является конституция Российской Федерации (статья 31), которая закрепляет право граждан собираться мирно, без оружия, проводить собрания, митинги, демонстрации, шествия и пикетирование. Кроме того, конституция России допускает существование определённых ограничений, устанавливаемых федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо для защиты основ конституцион-

5 Проспект Сахарова 24 декабря: интерактивная панорама. РИА НОВОСТИ. 27.12.2011. <http://ria.ru/infografika/20111227/527721415.html>

6 Сергей Пархоменко. В Москве автомобилисты протестовали против спецсигналов. ГРАНИ.РУ. 18.04.2010. <http://grani.ru/Society/Law/m.177181.html>

7 Оппозиция в Калининграде хочет перенести акции протеста на территорию соседней Польши. ИНТЕРФАКС РОССИЯ. 07.06.2012. <http://www.interfax-russia.ru/NorthWest/main.asp?id=320262>

8 В Новороссийске правозащитников осудили за несанкционированное чаепитие. ГРАНИ.РУ. 06.02.2007. <http://grani.ru/Events/m.117798.html>

9 Сергей Тепляков. Игрушкам отказали в наномитинге. ГАЗЕТА.RU. 14.02.2012. http://www.gazeta.ru/politics/2012/02/14_kz_4000753.shtml

ного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (часть 3 статьи 55). В соответствии с пунктом «к» части 1 статьи 72 конституции РФ правовое регулирование права публичных собраний находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации.

Федеральный закон от 19 июня 2004 года №54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» (далее, как *федеральный закон о митингах или ФЗ №54*) может быть обозначен в качестве *lex specialis* в данной сфере правового регулирования.¹⁰ При этом данный федеральный закон неоднократно упоминает о возможности и необходимости принятия соответствующих законов субъектов Российской Федерации, касающиеся обеспечения условий проведения собраний, митингов, демонстраций, шествий и пикетирований (например, часть 1 статьи 1, часть 1.1 статьи 7). Таким образом, следует ожидать, что в ближайшее время региональные законодательные (представительные) органы власти начнут работу над специальными законами субъектов Российской Федерации, регулирующими порядок проведения публичных мероприятий на уровне отдельного субъекта федерации.

В соответствии с *федеральным законом о митингах* организатором публичного мероприятия могут быть один или несколько граждан России (организатором демонстраций, шествий и пикетирований - гражданин России, достигший возраста 18 лет, митингов и собраний - 16 лет), политические партии, другие общественные объединения и религиозные объединения, их региональные отделения и иные структурные подразделения, взявшие на себя обязательство по организации и проведению публичного мероприятия (часть 1 статьи 5 ФЗ №54). Согласно закону в качестве предпосылки проведения публичного мероприятия предусматривается *уведомление*, которое подается его организатором в письменной форме в орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации или орган местного самоуправления в срок не ранее 15 и не позднее 10 дней до дня проведения публичного мероприятия. При проведении пикетирования группой лиц уведомление о проведении публичного мероприятия может подаваться в срок не позднее трех дней до дня его проведения, а если указанные дни совпадают с воскресеньем и (или) нерабочим праздничным днем (нерабочими праздничными днями), - не позднее четырех дней до дня его проведения. Закон о митингах предусматривает, что уведомление о пикетировании, осуществляемом одним участником, не требуется. Федеральный законодатель закрепил особую правовую категорию - «минимальное допустимое расстояние между лицами, осуществляющими одиночное пикети-

10 Федеральный закон от 19.06.2004 N 54-ФЗ (редакция от 08.06.2012) «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» // СПС «консультант плюс».

рование», которое должно определяться законом субъекта Российской Федерации. Однако согласно ФЗ №54 данное минимальное расстояние не может быть более пятидесяти метров.

III. Новеллы в законодательстве о свободе собраний в России 2012 года

9 июня 2012 года вступили в силу поправки в административное законодательство России, которое регламентирует порядок организации и проведения публичных собраний, а также ответственно организаторов массовых мероприятий, проводимых в Российской Федерации.¹¹ Вне всякого сомнения плоды законотворческой работы Парламента Российской Федерации привлекли к себе значительное общественное внимание как в России, так и за рубежом. Попытаемся систематизировать произошедшие изменения в законодательстве о свободе собраний в России.

Во-первых, в законе о митингах появился чёткий запрет, адресованный участникам массовых мероприятий, скрывать свое лицо, в том числе использовать маски, средства маскировки, иные предметы, специально предназначенные для затруднения установления личности (часть 4 статьи 6 ФЗ №54).¹² Вне всякого сомнения подобная законодательная новелла давно уже была необходима в российском законе о митингах. Однако, законодатель оставил вне пределов своего внимания аналогичную проблему, связанную с потребностью в идентификации полицейских принимающих участие в массовых мероприятиях. В случае неоправданного применения силы со стороны сотрудников полиции должна также иметься реальная возможность идентификации полицейского-правонарушителя (при помощи чётко различимых номеров на униформе полицейских, размещаемых, например, на спине сотрудника полиции). Подобное правовое регулирование существуют в зарубежном законодательстве, в частности в ФРГ, где сотрудник полиции выбирает по своему усмотрению, что будет использовано на его униформе: цифровая идентификация или указание фамилии имени отчества.

11 Федеральный закон Российской Федерации от 8 июня 2012 г. N 65-ФЗ г. «О внесении изменений в кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» // Российская газета (федеральный выпуск №5804). 9 июня 2012 года. <http://www.rg.ru/2012/06/09/mitingi-dok.html>

12 Помимо этого в законодательство о свободе собраний были включены запреты находиться в месте проведения публичного мероприятия в состоянии опьянения, иметь при себе и (или) распивать алкогольную и спиртосодержащую продукцию, пиво и напитки, изготавливаемые на его основе, а также запрет иметь при себе оружие или предметы, используемые в качестве оружия, взрывчатые и легковоспламеняющиеся вещества (ч.4 ст.6 ФЗ №54). кроме того был предусмотрен запрет участвовать в организации публичных мероприятий лицам, имеющим неснятую или непогашенную судимость за совершение умышленного преступления против основ конституционного строя и безопасности государства или преступления против общественной безопасности и общественного порядка либо два и более раза привлекавшееся к административной ответственности за определённые административные правонарушения.

Во-вторых, значительно была увеличена ответственность организаторов и участников массовых мероприятий за нарушение законодательства о свободе собраний. В частности, в кодексе об административных правонарушениях (КоАП) появились новые статьи: статья 3.13, статья 20.2 КоАП была изложена в новой редакции и кодекс был дополнен статьёй 20.2².

Обновлённая статья 20.2 КоАП содержит концентрированную подборку мер административной ответственности за нарушение установленного порядка организации либо проведения собрания, митинга, демонстрации, шествия или пикетирования. С помощью нижеследующей таблицы №1 попытаемся оценить плюсы и минусы предложенного правового регулирования административной ответственности за нарушение закона при организации и проведении публичных мероприятий.

Таблица №1

статья 20.2 КоАП	
Диспозиция	санкция
ответственность организаторов публичного мероприятия	
1. Нарушение организатором публичного мероприятия установленного порядка организации либо проведения собрания, митинга, демонстрации, шествия или пикетирования, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 4 настоящей статьи, -	влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей или обязательные работы на срок до сорока часов ; на должностных лиц - от пятнадцати тысяч до тридцати тысяч рублей; на юридических лиц - от пятидесяти тысяч до ста тысяч рублей.
2. Организация либо проведение публичного мероприятия без подачи в установленном порядке уведомления о проведении публичного мероприятия, за исключением случаев, предусмотренных частью 7 настоящей статьи, -	влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двадцати тысяч до тридцати тысяч рублей или обязательные работы на срок до пятидесяти часов ; на должностных лиц - от двадцати тысяч до сорока тысяч рублей; на юридических лиц - от семидесяти тысяч до двухсот тысяч рублей.
3. Действия (бездействие), предусмотренные частями 1 и 2 настоящей статьи, повлекшие создание помех движению пешеходов или транспортных средств либо превышение норм предельной заполняемости территории (помещения), -	влекут наложение административного штрафа на граждан в размере от тридцати тысяч до пятидесяти тысяч рублей или обязательные работы на срок до ста часов ; на должностных лиц - от пятидесяти тысяч до ста тысяч рублей; на юридических лиц - от двухсот пятидесяти тысяч до пятисот тысяч рублей.
4. Действия (бездействие), предусмотренные частями 1 и 2 настоящей статьи, повлекшие причинение вреда здоровью человека или имуществу, если эти действия (бездействие) не содержат уголовно наказуемого деяния, -	влекут наложение административного штрафа на граждан в размере от ста тысяч до трехсот тысяч рублей или обязательные работы на срок до двухсот часов ; на должностных лиц - от двухсот тысяч до шестисот тысяч рублей; на юридических лиц - от четырехсот тысяч до одного миллиона рублей.

статья 20.2 КоАП	
Диспозиция	санкция
ответственность участников публичного мероприятия	
5. Нарушение участником публичного мероприятия установленного порядка проведения собрания, митинга, демонстрации, шествия или пикетирования, за исключением случаев, предусмотренных частью 6 настоящей статьи, -	влечет наложение административного штрафа в размере от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей или обязательные работы на срок до сорока часов .
6. Действия (бездействие), предусмотренные частью 5 настоящей статьи, повлекшие причинение вреда здоровью человека или имуществу, если эти действия (бездействие) не содержат уголовно наказуемого деяния, -	влекут наложение административного штрафа в размере от ста пятидесяти тысяч до трехсот тысяч рублей или обязательные работы на срок до двухсот часов .
ответственность организаторов и участников публичного мероприятия	
7. Организация либо проведение несанкционированных собрания, митинга, демонстрации, шествия или пикетирования в непосредственной близости от территории ядерной установки, радиационного источника или пункта хранения ядерных материалов и радиоактивных веществ либо активное участие в таких публичных мероприятиях, если это осложнило выполнение работниками указанных установки, источника или пункта своих служебных обязанностей или создало угрозу безопасности населения и окружающей среды, -	влечет наложение административного штрафа в размере от ста пятидесяти тысяч до трехсот тысяч рублей или административный арест на срок до пятнадцати суток ; на должностных лиц - от двухсот тысяч до шестисот тысяч рублей; на юридических лиц - от пятисот тысяч до одного миллиона рублей.";

С одной стороны, основываясь на анализе содержания прежней и новой редакции статьи 20.2 КоАП, можно согласиться с авторами законопроекта о необходимости серьезной корректировки санкций данной статьи КоАП. Ведь существовавшее правовое регулирование не имело никакой профилактической роли. *«Нарушителям предписывался штраф в смехотворном размере, не адекватном содеянному, - в одну тысячу рублей, и они над этим смеялись. Очередное нарушение - и опять такой же штраф по решению суда. Этим и исчерпывались возможности реагирования»*.¹³

Однако, с другой стороны, при анализе содержания санкций в статье 20.2 КоАП бросается в глаза их излишний репрессивный характер, который выражается в том, что законодатель фактически предписывает судам Российской Федерации наказывать штрафами правонарушителей.¹⁴ В частности устанавливается нижний предел денежных штрафов, ниже которого суд

13 Тамара Шкель. Правила без исключения. От первого лица: интервью с Владимиром Плигиным. Российская газета. Федеральный выпуск. №5798 (125). <http://www.rg.ru/2012/06/04/pligin.html>

14 Участие в митинге стало удовольствием для богатых. Петербургский правовой портал «КАДИС». 9 июня 2012 года. <http://www.kadis.ru/daily/?id=107656>

не имеет возможности назначить наказание виновным в совершении административного правонарушения лицам. Оправдано ли такое достаточно строгое правовое регулирование? Представляется, что нет. Именно в санкциях статьи 20.2 КоАП законодателем было заложено противоречие: если в отношении денежных штрафов был установлен нижний (причём очень высокий предел), то в отношении альтернативной санкции - обязательных работ - устанавливается лишь верхний предел. Внимательный читатель обратит внимание на то, что законодатель даёт возможность судам самостоятельно устанавливать количество часов, подлежащих отработке в рамках обязательных работ: во всех частях статьи 20.2 КоАП используется формулировка: *«или обязательные работы на срок до часов»*.¹⁵ Вполне резонно российскому законодателю можно задать вопрос: почему подобное правовое регулирование также не было избрано в отношении регламентации величины штрафов? Ведь фактически отныне суды вынуждены будут штрафовать нарушителей, даже в том числе тогда, когда нарушение малозначительно. А ведь низший предел штрафов, предложенный законодателем, представляет собой большую величину - 10000 рублей (около 250 ЕВРО). Подобная жёсткость и отсутствие внутренней логики¹⁶ в санкциях статьи 20.2 КоАП всё же не согласуются с основополагающими принципами российской правовой системы: гуманизм и экономия мер государственного принуждения.

Следует также отметить прочие незначительные новшества в праве публичных собраний России, появившиеся в июне 2012 года. В частности, российский федеральный законодатель предложил органам исполнительной власти субъекта Российской Федерации предусмотреть единые специально отведенные или приспособленные для коллективного обсуждения общественно значимых вопросов и выражения общественных настроений, а также для массового присутствия граждан для публичного выражения общественного мнения по поводу актуальных проблем преимущественно общественно-политического характера места (*специально отведённые места* - см. часть 1¹ статьи 8 ФЗ №54). В отношении данной новеллы, которую правозащитники уже обозначили как создание *«резерваций протеста»*, только со временем можно будет сделать какие-либо выводы. Важно, чтобы при определении перечня специально отведенных мест и установлении порядка их использования представители государственных властей исполняли положения федерального закона о том, что в данных местах должны обеспечиваться *возможность дости-*

15 Следует отметить, что значительной новеллой в российском административном праве является установление нового вида административного наказания: обязательных работ (статья 3.13 КоАП). Однако, детальный разбор сути и аспектов применения обязательных работ заслуживает отдельного исследования и по этой причине не является предметом рассмотрения в этой статье.

16 Представляется, что законодателю следовало бы, либо убирать «нижний порог» штрафов, либо предусматривать «нижний порог» в отношении количества часов обязательных работ. Подобный противоречивый подход правового регулирования российских законодатель демонстрирует в новой статье 20.2² КоАП.

жения целей публичных мероприятий, транспортная доступность специально отведенных мест, возможность использования организаторами и участниками публичных мероприятий объектов инфраструктуры, соблюдение санитарных норм и правил, безопасность организаторов и участников публичных мероприятий, других лиц (см. часть 1² статьи 8 ФЗ №54).

Заключение

Вне всякого сомнения необходимость принятия изменений в законодательство России о праве собраний была продиктована самой жизнью, в частности ростом числа публичных мероприятий на всей территории Российской Федерации. Вместе с тем следует избегать как излишней идеализации, так и демонизации предпринятых законодательных изменений. Очевидно, что часть из новелл российского права собраний востребована и вполне согласуется с положениями международного права, а также конституции Российской Федерации. Вместе с тем, есть ряд моментов, которые требуют дальнейшей доработки или даже детальной регламентации. В этой связи следует прогнозировать то, что в ближайшие годы законодательство о праве публичных собраний России претерпит дальнейшие изменения. В частности, следует предположить, что должны появиться законодательные нововведения относительно регламентации спонтанных публичных мероприятий, порядка согласования массовых мероприятий (установление стандартной формы уведомления и детализация порядка его подачи, а также прозрачность данного процесса). Несомненно остаётся потребность в детальной регламентации вопросов идентификации полицейских, принимающих участие в публичных мероприятиях. Кроме того, учитывая далеко не безупречную юридическую технику, использованную законодателем при корректировке КоАП (переполнение кодекса статьями с пометками «прим»), возможно, что граждан России ожидает принятие нового административного кодекса и кодекса об административном судопроизводстве.¹⁷

17 Путин предлагает принять кодекс об административном судопроизводстве. РИА-НОВОСТИ. ОБЩЕСТВО. 06.02.12. <http://ria.ru/society/20120206/558653058.html>

**THE PUBLIC ASSEMBLY (PROTEST) LAW IN MODERN RUSSIA:
CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS AND PROBLEMS OF IMPLEMENTATION**

The author of the article investigates existing Russian legislation on freedom of assembly and in particular analyzes the latest amendments to Russian law on meetings and demonstrations which were adopted by the Russian Parliament in 2012. The focus point of the research paper is concentrated on the investigation of practical problems by implementation of general provisions of the Russian Public Protest legislation. In the introduction the reader can find information about actual situations in Russia related to the wave of public protest which appeared in 2009-2012. In the main part of the article the hot issues of the Russian Public Assembly (Protest) Law are discussed, especially the new rigorous provisions with regard to the liability of the organizers and participants of public meetings and demonstrations. Attention is also given to the legislative shortcomings (for example with regard to existing legal provisions about notification procedures by the organisers of a public event and the lack of regulations to prevent police violence during public gatherings). The author arrives at the conclusion that the legislative activities in the field of the Russian Public Assembly (Protest) Law will continue in the immediate future.

Key words:

Demonstration, meeting, public protest, assembly, liability, Russia.

РЕФОРМЫ ПРАВА И УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА В РОССИИ И ИХ ВЛИЯНИЕ НА КРИМИНАЛИСТИКУ

Введение

Известный британский юрист Д. МакДонелл (Sir John Macdonell) когда-то весьма точно заметил, что «не существует общепринятого мерника цивилизованности (общества. – Д.С.). Не свидетельствует о ней (о цивилизованности. – Д.С.) уровень благосостояния или комфорт жизни обывателей, не свидетельствует о ней объем накопленных знаний. Данные признаки являются дискуссионными. Не преуменьшая значения этих и других критериев, следует предположить, что наиболее показательным (в плане цивилизованности общества) является состояние правосудия».¹ Слова эти не утратили своей актуальности. Нельзя назвать цивилизованным общество, в котором правоохранительной системе и исполнению законов отводится второстепенная роль. Показательным в этом плане является тот факт, что в истории России ключевые общественные и государственные преобразования начинались с реформирования судебной системы и системы права. Ярким тому примером являются Уставы 1864 года. Новая судебная система была необходимым условием успешной реализации общегосударственных и социальных проектов в царской России второй половины 19 века. Не случайно и то, что в новой России в самом начале становления ее государственности первостепенная роль была вновь отведена судебной и правовой реформе. концепция судебной реформы в РСФСР, одобренная постановлением Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 г., провозглашала необходимость глубоких преобразований в области законодательного регулирования, кадрового, ресурсного обеспечения и организации правоохранительной и судебной деятельности в целях выведения оте-

1 Macdonell John. Historical Trials, London: Oxford University Press, 1927, p. 148.

чественной юстиции из кризиса. В частности, планировалось учреждение конституционного Суда, возрождение судов присяжных заседателей и института мировых судей, введение судебного контроля над правомерностью заключения под стражу, утверждение принципа несменяемости судей, пересмотр ведомственных показателей работы правоохранительных органов и судов. основополагающие идеи концепции судебной реформы 1993 года были закреплены конституцией Российской Федерации 12.12.1993 года и ряде российских законов последующих лет. С удовлетворением следует отметить, что большинство из поставленных в концепции целей успешно достигнуто. Созданы необходимые условия для формирования в России современного правового государства, учреждены новые и достаточно эффективные правовые институты, служащие охране основных прав и свобод человека и гражданина. к позитивным явлениям следует отнести также усиление общественного контроля над полицией, средствами и методами ей деятельности, укрепление позиции российской адвокатуры и прокуратуры, создание независимого следственного аппарата, повышение качества и доступности юридической помощи для граждан. В число приоритетных задач продолжающейся судебной реформы Президентом России включены: развитие материально-технической базы судебной системы, повышение социального статуса и профессиональной ответственности судей, улучшение эффективности отправления правосудия, повышение его доступности для граждан.² Не менее важным направлением реформы остается дальнейшее последовательное реформирование российского уголовного и уголовно-процессуального законодательства.

I. Реформа уголовного права

Новый Уголовный кодекс Российской Федерации был принят 24 мая 1996 г. Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации. кодекс 1996 г. отразил значительные политические и социально-экономические изменения, которые произошли в России после распада СССР. За весь период действия Уголовного кодекса РФ в него было внесено более ста различных изменений. Из них большая часть – в течение последних нескольких лет. Очевидно, однако, что сам по себе анализ этих изменений не дает полной картины происходящего в уголовном праве, не позволит нам получить правильного представления об актуальных тенденциях и перспективах его развития. Помимо уголовного закона, следует принять во внимание также такие факторы как состояние правоприменительной практики, позиция прокуратуры, судов различного уровня, состояние научной доктрины.

2 <http://президент.рф/15607>

Вместе с тем, анализируя текст уголовного закона нельзя не отметить существование определенных противоречивых тенденций в развитии российского уголовного права. С одной стороны, в уголовно-правовой политике законодателя в последние годы наблюдается отчетливое стремление к либерализации и гуманизации карательной системы. Свидетельствуют об этом, в частности, такие моменты, как: расширение возможностей освобождения от уголовной ответственности по преступлениям в сфере экономической деятельности, более активное применение судами мер уголовного наказания, не связанных с изоляцией от общества, высокая доля уголовных дел, по которым производство прекращается на основании примирения с потерпевшим, предоставление суду права изменять категорию преступления при наличии смягчающих оснований, предоставление отсрочки отбывания наказания больным наркоманией.

С другой стороны, наблюдаем заострение уголовно-правовых санкций на ключевых направлениях обеспечения общественного порядка и безопасности государства. Так, несомненно важной и необходимой была новеллизация уголовного закона в части, касающейся преступлений террористического характера и экстремистской направленности. Свидетельствуют об этом данные официальной статистики. Только в период с января по сентябрь этого года зарегистрировано 500 преступлений террористического характера и 572 преступления экстремистской направленности. Также резкую негативную реакцию вызвала недавняя серия ДТП со смертельными исходами с участием пьяных водителей. В результате в законодательные органы страны внесено предложение об ужесточении наказания за управление транспортным средством в состоянии алкогольного опьянения, в частности, о «переводе» данного деяния в разряд уголовных преступлений. Позитивную общественную реакцию вызвали изменения, запрещающие назначение условного наказания рецидивистам, педофилам и лицам, совершившим тяжкие или особо тяжкие преступления. С другой стороны, к числу достаточно дискуссионных предложений следует отнести предложение о введении уголовной ответственности за оскорбление чувств верующих, прозвучавшее после известного дела «Пусси Райот».³ Широкий резонанс в российских юридических кругах вызвала декриминализация российским законодателем преступления «клевета» (ст. 129 УК РФ) и неожиданная его повторная криминализация. Объектом критики со стороны юристов является частое изменение законодателем размеров уголовно-правовых санкций без учета актуальной криминологической ситуации в стране, расширение видов наказаний, связанных с привлечением осужденных к принудительному труду.

3 Российская газета, 25.09.2012.

II. Реформа уголовного процесса

На этом фоне реформа российского процессуального законодательства протекает более последовательно и планомерно. В частности, можно выделить ряд актуальных тенденций в развитии процессуального права:

1. Унификация норм доказательственного права различных отраслей.

Проявлением такой тенденции является, например, процессуальный институт судебных экспертиз, который благодаря принятию Федерального закона от 31.05.2001 года «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» приобрел межотраслевое значение. Об определенном сближении с гражданским процессом говорит также расширение действия принципа диспозитивности в уголовном судопроизводстве, единство ключевых принципов доказательственного права (свобода оценки доказательств, относимость и допустимость средств доказывания, обязательность доказывания).

2. Заимствование положительно зарекомендовавших себя процессуально-правовых институтов, использующихся в зарубежных странах. Например, введение в российский процесс института досудебного соглашения о сотрудничестве, представляющего собой существенно модифицированную модель «делок о признании вины», известных американскому уголовному процессу; введение упрощенного порядка судебного производства, свидетеля-инкогнито – институтов давно используемых в ряде европейских стран.

3. Дифференциация процессуальной формы при соблюдении баланса конституционных ценностей и безусловного гарантирования равенства перед законом и судом.

Дифференциация процессуальных форм обусловливается обязанностью государства обеспечивать эффективность способов правовой защиты. Уголовно-процессуальный закон в настоящее время предусматривает особые формы судопроизводства по делам о преступлениях, совершенных несовершеннолетними, отдельными категориями лиц. Установлены процессуальные ограничения в отношении лиц, подозреваемых в подготовке и совершении террористических актов, введено упрощенное производство в форме дознания по делам о преступлениях определенных видов. Разработаны проекты изменений, предусматривающие восстановление протокольной формы досудебной подготовки материалов, модернизацию стадии возбуждения уголовного дела.

4. Развитие идеи восстановительного правосудия, предполагающего, в частности, смену приоритетов в пользу ранней защиты (восстановления) прав потерпевших от преступлений.

Весьма интересным представляется недавнее предложение инициативной группы депутатов Государственной Думы об ограничении выхода по условно-досрочному освобождению осужденных, которые не компенсировали вред своим потерпевшим. Для этого не потребуется, как предлагалось ранее, вводить обязательное условие полного или частичного возмещения вреда, причиненного преступлением. Предлагается позволить потерпевшим участвовать в процессах по рассмотрению таких ходатайств осужденных. Данная мера, несомненно, повысит имущественную защищенность пострадавших от преступлений.

5. Развитие судов присяжных и расширение их процессуальной компетенции.
6. Расширение действия принципа состязательности на стадии предварительного расследования; предоставление защите комплекса прав, позволяющих активно участвовать в процессе доказывания не только на стадии судебного разбирательства уголовного дела, но и ранее, в том числе при назначении и производстве судебных экспертиз.
7. Внедрение новейших достижений научно-технического прогресса в процесс доказывания, совершенствование доказательственного права.
8. Совершенствование «традиционных» средств доказывания.

Например, весьма интересные предложения, касающиеся совершенствования института опознания, были высказаны проф. А.Р. Белкиным. Автор предлагает конкретизировать действующие нормы Уголовно-процессуального кодекса РФ, касающиеся опознания, однозначно урегулировать уже ставшие типичными коллизионные ситуации предъявления для опознания.⁴

9. Разработка правовых, организационно-технических и криминалистических средств защиты доказательственной информации от несанкционированного уничтожения или изменения (создание процессуально-тактических комплексов защиты доказательственной информации и доказательств).⁵

4 Белкин А.Р. Некоторые аспекты производства опознания на предварительном следствии, «Уголовное судопроизводство», 2012, № 1, с. 26-30.

5 Баев О.Я. Посягательства на доказательственную информацию и доказательства в уголовном судопроизводстве. Москва, Издательство Юрлитинформ, 2010.

III. Развитие российской криминалистики

В этих условиях перед криминалистикой стоит задача разработки криминалистических рекомендаций, приемов и средств, адекватных современным потребностям правоприменительной практики. Можно выделить следующие приоритетные направления в развитии уголовно-процессуального доказывания и российской криминалистики.

1. Более широкое вовлечение в процесс доказывания так называемых виртуальных следов преступления

Виртуальные следы или, как их иногда называют – следы в киберпространстве – специфический вид следов, находящийся «между» материальными и идеальными следами. Это «зафиксированный компьютерной системой на цифровом материальном носителе результат отражения реального (физического) процесса или действия иной компьютерной системы, связанный с преступлением (имеющий уголовно-релевантное значение), в виде цифрового образа формальной (математической) модели этого процесса».⁶ Несколько иначе данное понятие определяется в англоязычной литературе. Под цифровыми доказательствами (digital evidence) понимаются «любые данные, хранящиеся или передаваемые с использованием компьютера, которые подтверждают или опровергают версию о том, как было совершено правонарушение, либо затрагивают существенные элементы правонарушения, такие как мотив или алиби».⁷

Виртуальные следы обладают рядом отличительных признаков.

Во-первых, они существуют объективно на материальном носителе, но, в отличие от классических материальных следов, недоступны для непосредственного восприятия. Для их извлечения необходимо применить соответствующие программно-технические средства.

Во-вторых, им сопутствует риск неправильного прочтения в ситуациях, когда, к примеру, следователь или специалист использует неподходящие для этих целей программно-технические средства.

В-третьих, сложно установить место, где физически расположены виртуальные следы. Например, если речь идет о крупных компьютерных сетях, кроме того, местонахождение данной информации не имеет такого большого значения, как в случае с обычными материальными следами.

6 Мещеряков В.А. Механизм следообразования при совершении преступлений в сфере компьютерной информации, «Известия Тульского государственного университета», Серия: Современные проблемы законодательства России, юридических наук и правоохранительной деятельности. Тула, 2000, Выпуск 3, с. 167.

7 Eoghan Casey. Digital Evidence and Computer Crime, Second Edition. Academic Press, 2004. P.12.

В-четвертых, материальные следы представляют собой отображение внешнего строения одного материального объекта (следообразующего) на другом (следовоспринимающем), тогда как при образовании «виртуального» следа основными взаимодействующими объектами являются программные и информационные элементы компьютерных объектов, которые не обладают материальной формой и не имеют внешнего строения.

Следует учитывать также, что в сравнении с традиционными следами, виртуальные следы легче модифицировать (изменить) или уничтожить. Заинтересованное в этом лицо может производить такие действия на расстоянии, используя технологии и средства удаленного доступа к информации, составляющей виртуальный след.⁸

По мнению В.А. Агибалова и В.А. Мещерякова, «виртуальный» след – это «след-модель», обладающий рядом принципиальных особенностей.

1. Электронно-цифровое отражение, лежащее в основе механизма формирования виртуальных следов, происходит в искусственно созданной среде – компьютерной системе.
2. В отличие от традиционного процесса формирования материальных следов-отражений при создании виртуальных следов фиксируются не сами свойства наблюдаемого физического явления или процесса, а только лишь параметры формализованной (математической) модели, с помощью которой описывается наблюдаемое явление и фиксируется на техническом устройстве.
3. Дискретный цифровой способ фиксации этой модели в регистрирующем устройстве позволяет заранее оценить изобразительные возможности этого устройства для фиксации реального физического явления (например, зная технические характеристики цифрового диктофона, в том числе частоту дискретизации записываемого звука, можно заранее оценить доказательственную (идентификационную) ценность информации, которая на нем будет записана).
4. Виртуальный след не имеет физически целостной структуры (может состоять из большого количества элементов, физически записанных на разных секторах жесткого диска компьютера).

8 Краснова Л.Б. компьютерные объекты в уголовном процессе и криминалистике. Учебное пособие, Воронеж, Издательство Воронежского государственного университета, 2006. С. 7.

5. Виртуальный след, помимо смысловой информации, содержит значительный объем вспомогательных данных, необходимых для его обработки компьютером.⁹

Виртуальные следы сопутствуют не только высокотехнологичным преступлениям. Доступность и широкое распространение компьютерных средств делают возможным обнаружение и использование виртуальных следов в раскрытии и расследовании большинства традиционных преступлений.

Последнее время в криминалистической литературе активно обсуждается проблема так называемого «цифрового алиби» (digital alibi).

Как известно, понятие «алиби» складывается из трех элементов: время совершения преступления, место совершения преступления и место физического нахождения лица, подозреваемого или обвиняемого в его совершении. «Цифровое алиби» (как и обычное) означает заявление подозреваемого или обвиняемого о том, что в момент совершения преступления он находился в другом месте, в данном случае – перед конкретным компьютером, имеющим четко определенные физические координаты. как и обычное алиби, доказанное цифровое алиби означает невиновность его обладателя (конечно, только в тех случаях, когда преступление предполагает непосредственное, физическое участие подозреваемого, обвиняемого в его совершении).

Проблема заключается в том, что цифровое алиби относительно легко сфальсифицировать. Однако, фальсификация цифрового алиби (так же как и обычного) неизбежно оставляет за собой следы, которые можно обнаружить с помощью компьютерно-технической экспертизы.¹⁰

2. Накопление информации в рамках компьютеризированных баз данных

Базы данных обеспечивают оперативный доступ к информации, имеющей розыскное и идентификационное значение, позволяя в короткие сроки идентифицировать лицо или предмет, оставивший след на месте совершения преступления, либо определить его групповую принадлежность.

В перспективе можно ожидать создание систем учетов нового поколения, носящих универсальный характер и обеспечивающих глубокую аналитическую обработку хранящейся информации. Такая универсальная информационно-поисковая система на базе ЭВМ должна отвечать ряду требований:

9 Агибалов В.А., Мещеряков В.А. Природа и сущность виртуальных следов, «Воронежские криминалистические чтения», Выпуск 12, Воронеж, 2010. С. 17-19.

10 Пономарев И.П. Цифровое алиби, «Воронежские криминалистические чтения», Выпуск 12, Воронеж, 2010. С. 278.

- содержать научно обоснованные классификации социальных, психологических и биологических свойств человека и их отражений в окружающей среде;
- выявлять взаимосвязи между социальными, психологическими и биологическими свойствами человека, а также между свойствами человека и средой его проживания;
- выявлять взаимосвязи между элементами преступной деятельности, в первую очередь, между способом совершения преступления и свойствами личности преступника.¹¹

3. Совершенствование оперативной техники следователя

4. Более активное привлечение специалистов к производству следственных действий

Использование специальных познаний позволяет проводить наиболее ответственные (неповторимые) следственные действия на качественно более высоком уровне. Прежде всего, это относится к осмотру места происшествия – основного следственного действия начального этапа расследования.

Во всех изученных нами уголовных делах, те или иные специалисты участвовали в осмотре места происшествия. Несмотря на это, как минимум, в одном случае из десяти следователем не принимались меры к изъятию следов, вещественных доказательств, которые могли бы иметь связь с совершенным преступлением. В большинстве ситуаций, помощь специалиста заключалась в фотографировании места происшествия и обнаруженных на нем следов. Причем, снятые материалы не всегда в полном объеме приобщались к материалам уголовного дела. На наш взгляд, следует поддержать высказанное рядом ученых (О.Я. Баев и др.) предложение о необходимости составления каждым специалистом, участвовавшим в осмотре, отдельного письменного отчета о произведенных им действиях и полученных результатах.

5. Появление новых экспертных методик, совершенствование традиционных методик проведения экспертных исследований

Следует отметить появление в российской литературе исследований проблемы экспертных ошибок и экспертной этики.¹²

11 Аленин А.П., Романенко М.А. криминалистические учеты органов внутренних дел. Учебное пособие. Омск, 2008. С. 40

12 Россинская Е.Р. (ред.), Судебная экспертиза: типичные ошибки, Москва, Издательство «Проспект», 2012.

6. Активное использование возможностей комплексных экспертных исследований

Процессы интеграции научного знания, расширили возможности проведения комплексных экспертных исследований, в которых участвуют эксперты не одной, а сразу нескольких экспертных специальностей. Практикой доказана их высокая эффективность.¹³ Такие исследования позволяют решать вопросы, находящиеся на стыке различных судебных наук. Это, в первую очередь, ситуационные задачи по определению механизма события, последовательности образования следов, характера и способа взаимодействия отдельных объектов, участвовавших в процессе слефообразования (задачи реконструкции преступного события).

7. Внедрение компьютерных средств и специализированных программных комплексов в следственную и розыскную практику

Сегодня на базе компьютеров разработаны и внедрены в практику программные комплексы, облегчающие следователям и дознавателям выполнение типовых действий (изготовление процессуальных документов, контроль процессуальных сроков) и решение типовых следственных и розыскных задач. Существуют специализированные программы, содержащие готовые следственные версии и алгоритмы действий по расследованию отдельных видов преступлений.

8. Расширение сферы практического приложения криминалистической тактики в связи с появлением новых процессуальных средств получения доказательственной и ориентирующей информации

Так, УПК РФ 2001 года ввел новое следственное действие – контроль и запись телефонных переговоров (ст. 186). Производство данного действия допускается только на основании судебного решения. Его результатом является запись переговоров, которая имеет юридическую силу судебного доказательства.

По мнению Е.П. Ищенко, в ближайшем будущем следует ожидать появления еще одного нового следственного действия – контроль электронной почты. Такой контроль особенно необходим при расследовании компьютерных преступлений.¹⁴ В настоящее время информация, пересылаемая с помощью системы электронной почты, имеет неопределенный правовой (уголовно-процессуальный) статус, процедура ее изъятия и контроля уголовно-процессуальным законом не регламентируется.

13 Орлов Ю.К. Процессуальные проблемы судебной экспертизы, «Судебная экспертиза». 2004. №1.С. 21.

14 Ищенко В.П. Российская криминалистика сегодня, «Вестник криминалистики», Выпуск 4 (20), Москва, Издательство «Спарк», 2006. С. 10.

Широкие возможности по сбору уголовно-релеватной и криминалистически-значимой информации предоставляет анализ интернет контента (информации социальных сетей, личных сайтов).

9. Развитие кибернетических (компьютерных) методов криминалистического анализа преступлений и преступной деятельности

Речь идет о создании и внедрении в практику специальных программно-технических комплексов, позволяющих обрабатывать большие объемы информации. Результаты их работы могут быть использованы при планировании оперативно-розыскных и следственных мероприятий в отношении преступных групп и сообществ .

Современная криминалистика представляет собой открытую и динамически развивающуюся систему знаний, носящих прикладной характер. криминалистика, кроме того, является прогностической наукой. криминалистическое прогнозирование позволяет определять пути развития средств, способов и методов борьбы с изменяющейся преступностью.¹⁵ криминалистические прогнозы о появлении новых видов преступлений и способов их совершения эффективно дополняют криминологические прогнозы.

В развитии криминалистики как науки также можно отметить существенные изменения

Расширение и усиление методологической базы криминалистики

Криминалисты сегодня большое внимание уделяют разработке методологических основ своей науки. Изучаются ее структура, методологическая основа, язык науки, появляются новые частные криминалистические теории, носящие как частный, так и общенаучный характер. Например, теория криминалистической классификации и систематики, криминалистическая ситуалогия (учение о криминалистических ситуациях), теория криминалистического прогнозирования, криминалистическая теория временных связей и отношений, криминалистическая теория тактических решений. Говорится также о выделении из состава криминалистики новой самостоятельной науки – судебной экспертологии, предметом которой является судебно-экспертная деятельность. Данные тенденции детально описаны в свое время Р.С. Белкиным и другими криминалистами.

Развитие криминалистической техники

Развитие криминалистической техники характеризуется:

15 Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики, Москва, Издательство Норма (Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М), 2001.С. 145.

- совершенствованием технических средств и способов обнаружения и фиксации следовой информации, в том числе новых видов следов (виртуальных, запаховых, термических, биологических следов-носителей ДНК);
- созданием новых, высокоточных экспертных методик исследования веществ и материалов;
- развитием технических средств и методов оперативного анализа следов на месте происшествия;
- широким внедрением компьютерных средств хранения и обработки криминалистически значимой информации;
- расширение международного и межгосударственного информационного обмена в области борьбы с преступностью.

Развитие криминалистической тактики

К сожалению, криминалистической тактике в литературе сегодня уделяется относительно мало внимания. Основной акцент в криминалистических исследованиях делается на криминалистическую технику и развитие возможностей судебных экспертиз. Думается, нет необходимости доказывать важность криминалистической тактики в современных условиях борьбы с преступностью, характеризующихся активным противодействием расследованию со стороны заинтересованных лиц. Получение достоверного доказательства – это только половина успеха следователя, прокурора – государственного обвинителя. Любое доказательство необходимо уметь тактически грамотно использовать в доказывании. Ошибка в выборе тактики предъявления доказательства способна существенно снизить его доказательственную ценность.

IV. Появление криминалистики защиты

Как и криминалистика в целом, криминалистическая тактика неразрывно связана с уголовно-процессуальным законом, который в общих чертах определяет средства и границы допустимого тактического воздействия. Реформа уголовного судопроизводства в России существенно отразилась на структуре криминалистической тактики. Традиционно, криминалистика была ориентирована на «обслуживание» процессуальной деятельности стороны обвинения – следователя, органа дознания и прокурора – государственного обвинителя. В определенный период истории активную роль в сборе доказательств выполнял и суд, что позволяло относить его к полноправным субъектам криминалистической тактики. Произшедшие в законе кардинальные изменения вывели на «сцену» новых «игроков» – адвоката-защитника, адвоката-представителя потерпевшего и прокурора – государственного обвинителя. Возник во-

прос о необходимости создания тактики государственного обвинения и тактики профессиональной защиты от него.

Впервые о формировании нового раздела криминалистики – криминалистической адвокатуры – зашла речь в 1996 году после публикации ряда статей профессора О.Я. Баева. Созданный «прочный теоретический фундамент, думается, подтверждает своевременность постановки вопроса о возможности и целесообразности создания отдельной научной теории, специфическим объектом целенаправленных исследований которой явится деятельность адвоката-защитника по уголовным делам во всем ее многообразии» – писал ученый в первой своей статье, посвященной новому направлению в криминалистике. «криминалистическая адвокатура есть юридическая наука, изучающая закономерности преступной деятельности, ее уголовно-правовую оценку, а также профессиональную защиту по уголовным делам и основанные на познании этих закономерностей средства и методы выявления обстоятельств, оправдывающих лиц, обвиняемых в совершении преступлений, или смягчающих их ответственность».¹⁶

О.Я. Баев предложил пересмотреть традиционное определение предмета науки. По его мнению, криминалистика есть наука об уголовно-релевантных закономерностях преступной деятельности, возникновения и существования информации в результате совершения преступлений, ее собирания, исследования, использования и оценки и основанных на познании этих закономерностей средствах и методах информационно-познавательной деятельности дознавателя, следователя, специалиста, эксперта, прокурора и адвоката, каждым в соответствии со своей процессуальной функцией и полномочиями. Такое понимание предмета криминалистики нашло поддержку ряда видных российских криминалистов, в том числе Г.А. Зорина, В.Н. Карагодина, Т.С. Волчецкой и ряда других. Их публикации положили начало широкой научной дискуссии.

Вопрос о расширении предметной области криминалистики обсуждался в ходе целого ряда научных конференций. С одной стороны, ни у кого из ученых не вызывает сомнений объективная необходимость в научном изучении деятельности адвоката-защитника по уголовным делам. Профессиональная защита от обвинения испытывает сильную потребность в научно обоснованных рекомендациях и тактических приемах. Основной вопрос, который и вызывает больше всего споров в научном сообществе, заключается в том, насколько правомерно изучение тактики адвокатской деятельности по уголовным делам (как защитника, так и адвоката-представителя потерпевшего) и тактики обвинения в рамках одной науки – криминалистики?

16 Баев О.Я. Основы криминалистики. Воронеж, 2001. С. 35.

Оппоненты тактики профессиональной защиты от обвинения ссылаются на высказывание Р.С. Белкина о том, что нет криминалистики «обвинения» и криминалистики «защиты», а есть «использование положений криминалистики защитником и обвинителем».¹⁷ Они говорят, что криминалистика, как наука о расследовании преступлений, не должна разрабатывать специальные приемы обеспечения защиты подсудимого. Изучение адвокатской тактики должно составлять предмет других правовых наук.

Не вступая в дискуссию, отметим лишь, что существуют убедительные аргументы в поддержку криминалистической адвокатологии.

- 1) В уголовном судопроизводстве принцип состязательности может быть в полной мере реализован лишь тогда, когда появятся серьезные разработки по тактическому и методическому обеспечению состязательной деятельности сторон.
- 2) Деятельность обвинения и защиты в силу изначально присущей им конфликтности немыслимы вне тактики и определенной стратегии. Тактики профессиональных представителей обвинения и защиты являются взаимообусловленными, а это делает целесообразным их параллельное (то есть одновременное) изучение.
- 3) Исследование стратегии и тактики адвокатской деятельности стимулирует развитие криминалистической тактики. Сведения о типовых приемах и линии поведения защиты должны учитываться при разработке рекомендаций для следователей, дознавателей и прокуроров. Профессионально организованная защита объективно стимулирует деятельность стороны обвинения, способствует повышению ее эффективности.
- 4) Любая научная дисциплина, изучающая взаимодействия и противодействия людей, неизбежно вынуждена исследовать их применительно к деятельности всех взаимодействующих и противодействующих друг другу субъектов (сторон) с целью оптимизации таковой деятельности, учитывая при этом и типичные ошибки, допускаемые участниками этой деятельности.

Заметим, что отстаиваемая точка зрения приобретает в настоящее время все больше сторонников, в том числе, из среды работников органов уголовной юстиции.

Развитие криминалистической методики

17 Белкин Р.С. криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Москва, 2001. С. 87.

Криминалистическая методика – синтезирующий раздел российской криминалистики, объединяющий рекомендации тактики и техники применительно к потребностям расследования отдельных видов преступлений.

Методика расследования отдельных видов преступлений учитывает не только видовые особенности преступлений, но и формирует методики расследования по межвидовым, вневидовым признакам. Например, методики расследования преступлений, совершаемых несовершеннолетними, рецидивистами, преступлений, совершаемых в банковской сфере, в условиях чрезвычайного положения и чрезвычайной ситуации, на транспорте и другие, которые не изучаются в более традиционных разделах криминалистики – тактики и техники.

Криминалистическая методика – это и наиболее практический раздел нашей науки, предлагающий готовые алгоритмы действий следователя в той или иной ситуации расследования конкретного криминалистического вида преступлений.

В области криминалистической методики изменения проявляются в следующем:

- развитие общей теории криминалистической методики (положений о механизме совершения преступления, противодействии расследованию, учения о версиях и планировании расследования, учения о криминалистической характеристике преступления);
- появление новых методик расследования (связано с криминализацией новых видов общественно опасных действий);
- появление родовых криминалистических методик, выполняющих общеметодологические функции для методик низового звена (например, методики расследования экономических преступлений, методики расследования должностных преступлений);
- изменение и совершенствование традиционных криминалистических методик, связанные с появлением новых средств и способов совершения традиционных видов преступлений.

Заметим, что в российской криминалистической литературе высказывается идея о создании методики профессиональной защиты от уголовного преследования. В частности, О.Я. Баев предлагает расширить предметную область криминалистической методики и считать объектом изучения не расследование, а уголовно-процессуальное исследование преступлений, осуществляемое на всех его стадиях, всеми профессиональными участниками уголовного процесса – следователем, прокурором, адвокатом-защитником, судом. «Мы убеждены, - пишет автор, - что изучение методики уголовного преследования и профессиональной защиты от него «в одной связке», в системе, учитываю-

щей «знаки влияния», плюсы и минусы в деятельности каждой из этих подсистем (подсистемы уголовного преследования и подсистемы профессиональной защиты от него. – Д.С.) и на этой основе разрабатывающей допустимые средства и методы уголовно-процессуального исследования преступлений, является теоретически корректным и практически оптимальным».¹⁸

Не вызывает сомнений необходимость в формировании такого рода «объединенных» методик. Причем не только в связи с тем, что это, несомненно, положительно отразится на качестве и полноте формируемых методики расследования отдельных видов преступлений. Такие разработки обеспечат будущим юристам более глубокое и полное представление о том, как реально функционирует система уголовного судопроизводства, а практикам (следователям, прокурорам и адвокатам) позволят расширить свой привычный «арсенал» тактических приемов и средств.

Не менее актуальным представляется также изучение методики уголовно-процессуального исследования отдельных видов преступлений в суде. Судебное разбирательство уголовных дел также как и предварительное расследование, нуждается в криминалистическом обеспечении. Анализ судебной практики показывает, что причиной судебных ошибок нередко становится недостаточное знание государственными обвинителями, защитниками и судьями приемов и методов исследования доказательств. На сегодняшний день, к большому сожалению, разработки в этой области, увы, единичны.¹⁹

Расширение сферы практического приложения криминалистических знаний

Российские криминалисты весьма оптимистичны в оценке дальнейших перспектив развития своей науки. По мнению известного российского ученого В.В. Степанова, криминалистика сегодня – «это прикладная междисциплинарная юридическая наука о собирании, исследовании, оценке и использовании информации о правонарушениях».²⁰ Действительно, процесс доказывания в уголовном, гражданском (а также родственном ему арбитражном) судопроизводстве и административном процессе имеет много общего. Это объясняет общую схожесть правовых предписаний, способствует унификации процессуальных институтов, в частности, правил о назначении и производстве судебных экспертиз. Кроме того, в гражданском и арбитражном процессах нередко

18 Баев О.Я. Основы методики уголовного преследования и профессиональной защиты от него (на примере уголовно-процессуального исследования должностных и служебных преступлений). Научно-практическое пособие, Москва, Издательство ЭкСМО, 2009. С. 12.

19 Баев О.Я. Правовые и тактические основы усмотрения в уголовном преследовании: учеб. пособие, Москва, Издательство «Юрлитинформ», 2012.

20 Степанов В.В. Предмет криминалистики в современных условиях правоприменительной деятельности, «криминалистика в системе правоприменения». Материалы конференции, Москва, Издательство Макс Пресс, 2008.С. 89-90.

приходится сталкиваться с признаками совершенных преступлений, таких как подделка правоустанавливающих документов, мошенничество, лжесвидетельство. Распознавание этих преступлений традиционно относится к предметной области криминалистики. Это привлекает к ней внимание юристов, специализирующихся в некриминальных отраслях права, и, в целом, позитивно отражается на популярности и престиже науки.

В целом, принципиальная возможность переноса криминалистических рекомендаций, приемов и средств на почву гражданского, а затем и арбитражного процессов, не вызвала и не вызывает сомнений у современных криминалистов. Однако, как ни парадоксально будет звучать, наименьший интерес к данным вопросам проявляют ученые, специализирующиеся в указанных «некриминальных» областях юридической деятельности.

Существенный вклад в развитие некриминальной сферы приложения криминалистики сделали представители калининградской криминалистической школы. Профессор Т.С. Волчецкая и ее ученики уже много лет активно занимаются вопросами криминалистического обеспечения производства по делам об административных правонарушениях. В этой области юридической деятельности существуют большие возможности для заимствования криминалистических средств, приемов и рекомендаций. Способствует этому схожесть процедур доказывания, закрепленных в УПК РФ и КоАП РФ (кодексе об административных правонарушениях). Следует согласиться с высказанным в криминалистической литературе мнением, что в дальнейшем возможно создание научно обоснованных методик расследования отдельных видов административных правонарушений (по аналогии с криминалистическими методиками расследования отдельных видов преступлений).

Криминалистические средства и методы широко применяются при производстве по делам о таможенных правонарушениях. Созданные в Федеральной таможенной службе России экспертные лаборатории проводят классификационные, материаловедческие, сертификационные, технологические, экологические, финансово-экономические и другие экспертизы. Они исследуют товары для определения их свойств, качества, стоимости, происхождения, решают задачи оперативной диагностики. Объектом экспертных исследований является валюта, культурные ценности, наркотические и психотропные вещества, оружие.

Объективно возрастает интерес к такой немаловажной функции криминалистики как предупреждение (профилактика) преступлений в области экономики. В последнее время в российской криминалистике стали активно обсуждаться вопросы защиты и безопасности бизнеса. Весьма актуальными для современной России стали разработки криминалистов в сфере предупрежде-

ния правонарушений в банковской сфере (например, так называемого кредитного мошенничества), в страховом деле (мошенничество, присвоение и растрата чужого имущества), в области защиты авторских и смежных прав на объекты интеллектуальной собственности, защиты товарных знаков, бизнеса от мошеннических действий, «рейдерства» (захват предприятий), недобросовестной конкуренции, защиты информации от несанкционированного доступа. На этом фоне появились и весьма дискуссионные предложения, касающиеся дальнейшего расширения сферы практического приложения криминалистических знаний. Так, критику со стороны ряда известных ученых-криминалистов вызвали публикации, в которых говорится о создании особой «банковской криминалистики», то есть раздела нашей науки, занимающегося проблемами безопасности в деятельности банков. На наш взгляд, недопустимо произвольно разделять криминалистику на не свойственные ей подсистемы и «размывать» ее предмет. криминалистика была и остается наукой криминальной, имеющей свой специфический объект исследования – преступление. В иных областях юридической деятельности можно говорить лишь об использовании данных криминалистики, но никак о становлении новой науки. На сегодняшний день для этого нет ни методологического, ни достаточного фактического (эмпирического) основания.

Подводя итог сказанному, следует отметить особую роль современной криминалистики в борьбе с преступностью и в обеспечении общественной безопасности в целом. криминалистика как наука прикладная, на наш взгляд, выполняет важную функцию «обратной связи» между законодателем и правоприменителем. Поэтому необходимо, чтобы законодатель прислушивался к «голосам» криминалистов-практиков и их рекомендациям.

JUDICIAL REFORM IN RUSSIA AND CRIMINALISTICS

After 1990, Russia undertook a massive transformation in its view of social order. When a state proclaims that it is subject to its own laws, it has to support the validity of that proclamation by guaranteeing an impartial and independent judiciary. Russia is in the throes of transforming its judicial and law systems. Significant attempts have been made to establish an independent judiciary that conforms to the rule of law and democratic principles. In 1996, a new Criminal Code of the Russian Federation was introduced. Today the criminal situation is different. Russia is fighting against terrorism, corruption and other serious crimes. That is why it is necessary to reform criminal law in an appropriate manner. On July 1, 2002 the 2001 Code of Criminal Procedure of the Russian Federation went into effect. The new Code was significant because it introduces several changes to the criminal procedural process that did not exist in the old model. There are two prominent changes: judicial supervision at the pretrial stage and an adversarial process during the trial. The author discusses this and others important changes relating to the reality and perspectives of Russian criminal procedure. In the article some new tendencies in the development of Russian criminalistics are also identified and discussed.

Key words:

Criminal law, criminal procedure, forensic science, criminalistics.

РЕЦЕНЗИЯ НА КНИГУ

Cezary Kosikowski

ИСПРАВЛЕНИЕ ПУБЛИЧНЫХ ФИНАНСОВ В ПОЛЬШЕ (ПРИЧИНЫ, МЕТОДОЛОГИЯ, НАПРАВЛЕНИЯ И ПРЕДЛОЖЕНИЯ)

Издательство Фемида 2, 2011 г., 554 с.

Издательство Фемида 2 издало в 2011 г. работу знаменитого учёного в области финансового и публичного хозяйственного права - Цезарего косиковского. книга «Исправление публичных финансов в Польше (причины, методология, направления и предложения)» значительная по объёму. Представляет в своих трёх частях методологию исправления финансов, причины и предложения, а также организацию такого исправления. Все части касаются Польши. Первая –теоретическая, две остальные касаются реальной действительности. Последняя часть, это стоит особо подчеркнуть, представляет собой подробный план улучшения финансов в форме предложения авторской программы исправления, которая имеет революционный характер.

Книга была создана с точки зрения обозревателя действительности, как исполнение научной и общественной обязанности, а также как выражение недовольства по поводу отсутствия взаимодействия властей с научным миром. О таких предпосылках приняться за многолетнюю разработку этой трудной темы, ещё более трудной на практике, пишет сам автор.

Я прочитала эту книгу с точки зрения дилетанта в области финансов. книга вызвала во мне впечатление бескомпромиссности автора и его подхода к действительности. Автор является внимательным наблюдателем, поэтому его рассуждения и предложения крепко связаны с нашей действительностью. Автор в предисловии пишет об изменениях в содержании книги в связи с изменяющейся действительностью.

Тема публикации довольно противоречивая, несмотря на то, что многие годы демонстрируется всеобщее убеждение о необходимости восстановления публичных финансов. Однако ни одно правительство не разработало и внедрило плана их исправления. Противоречивыми являются главные тезисы, поставленные в разработке. Напр., объём реформы публичных расходов должен касаться ограничения их объёма по отношению к политическим партиям, ко-

стёлам и религиозным общинам, уменьшения расходов на трудоустройство в публичном секторе, их рационализация по отношению к органам здравоохранения и социального страхования, увеличение расходов на социальную помощь, верификация касающаяся финансирования взносов по социальному страхованию крестьян и фермеров.

Перечень действий (здесь приводятся только некоторые примеры, выбранные из собрания указанного автором) с одной стороны может составлять образ идеального плана осуществления постулатов, о которых говорят многие рационалисты. С другой стороны, их представление в форме политической программы могло бы нанести последний удар многим партиям. В конце концов, даже самые левые правительства не предприняли достаточных социальных реформ или отхода от финансирования костёлов, церковей или перестройки налоговой системы.

Особенно интересным является изучение публикации проф. Ц. косиковского в эпоху приближающегося экономического кризиса. Предсказуемые неблагоприятные экономические условия могут привести к ситуации, в которой дискуссия на тему реформы публичных финансов приобретёт другое значение. С одной стороны может показаться, что вместо дискуссии надо действовать, с другой стороны покажется, что некоторые действия будут слишком затратными. Действия, связанные с улучшением публичных финансов, предпринимаемые в кризисное время, часто являются действиями хаотичными и всегда слишком запоздалыми. Из этого вытекает, что об исправлении финансов надо говорить во время относительной экономической стабилизации и тогда проводить возможные реформы. Точка зрения автора на этот счёт является очень существенной и должна быть заранее принятой с пониманием и проанализирована действующими политиками, несмотря на их партийную принадлежность.

Государство должно совершать просоциальные действия? В области публичных финансов должны находиться расходы на социальные цели или государство должно принять позу ночного сторожа и продолжать политику крайнего либерализма? Можно ли измерить эффект расхода государственных денег на социальные цели? Например, можем ли мы измерить суммы, связанные с действиями, направленными социальной реабилитации бомжей, чтобы затем поместить их в домах, построенных на средства государственных фондов и финансируемых из тех же источников. Может более выгодным было бы, с точки зрения прогосударственного деятеля, оставить их на улицах – это же, в конце концов, намного дешевле? Вызовёт ли сокращение чиновников рост безработицы, даже если эти чиновники обычно являются родственниками или знакомыми начальника?

Из содержания книги вытекает, что у автора большая социальная чувствительность, поэтому в его программе исправления финансов нашлось место для увеличения расходов на социальные цели. Всё это свидетельствует о том, что он видит государство как учреждение (лишь бы только исправно действующее), но также смотрит сквозь призму человеческой жизни. Автор предлагает введение изменений в секторах, функционирование которых издавна вызывает сомнения, т. е. в транспорте, здравоохранении, юстиции.

Кроме того, автор убеждён в необходимости вступления Польши в зону евро. Это вступление должно быть видом поддержки реформ публичных финансов, быть может оно ускорит развитие польской экономики. Однако, если приближающийся кризис коснётся всех европейских стран, в особенности тех, которые являются частью зоны евро, может ли тогда вступление в эту группу связываться с угрозой для стабильности польской экономики или ростом её развития? кроме того, возникает вопрос: расходы на реформы в соединении с расходами и последствиями вхождения в зону евро могут быть слишком большими и более опасными для государства, чем само отсутствие реформ.

Подытоживая, следует сказать, что я ознакомилась с теориями, касающимися публичных финансов и стремилась понять, что на тему об обусловленности функционирования и моделей функционирования публичных финансов говорят наши выдающиеся финансисты и экономисты. Возможно ли создание некой идеальной модели и её проверка на практике? Есть ли заграничные образцы, которыми мы можем воспользоваться? кажется, что на эти вопросы можно найти ответ в книге Ц. косиковского. Прежде всего, мы рады, что автор посвятил своё ценное время на подготовку с одной стороны замечательной научной публикации, с другой стороны – представил отважный практический план реформ и предложения помощи государству. Сейчас надо надеяться, что публичные финансы будут улучшены и настоящая книга будет для этого использована – прежде чем надежда на это умрёт (ибо «надежда умирает последней», на что автор неоднократно обращал внимание).

Katarzyna Bagan Kurluta

WYBÓR ORZECZNICTWA

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 grudnia 2009 r. SK 34/08, OTK Zbiór A 2009 nr 11 poz. 165

Art. 5 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 162, poz. 1692) w zakresie, w jakim wyłącza skargę o stwierdzenie niezgodności z prawem orzeczenia sądu wyrażającego szkodę, które stało się prawomocne po dniu wejścia w życie Konstytucji RP, jest niezgodny z art. 77 ust. 2 w związku z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Ponadto postanawia na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. Nr 102, poz. 643, z 2000 r. Nr 48, poz. 552 i Nr 53, poz. 638, z 2001 r. Nr 98, poz. 1070, z 2005 r. Nr 169, poz. 1417 oraz z 2009 r. Nr 56, poz. 459) umorzyć postępowanie w pozostałym zakresie ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Glosa częściowo krytyczna: P. Kociubiński

Skarga powstała na tle następującego stanu faktycznego:

„Skarżąca zobowiązała się oddać Małgorzacie M. jako najemcy oznaczony lokal mieszkalny na czas określony, a Małgorzata M. zobowiązała się płacić czynsz. Przed upływem oznaczonego w umowie terminu zakończenia najmu, Małgorzata M. wydała skarżącej lokal, zwróciła klucze oraz wezwała do zwrotu wpłaconej kaucji. W związku z odmową skarżącej, Małgorzata M. wniosła o zasądzenie kwoty stanowiącej równowartość wniesionej kaucji wraz z odsetkami.

Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Śródmieścia, Wydział I Cywilny, w wyroku z 1 października 2002 r. (sygn. akt I C upr. 78/02) wydanym w postępowaniu uproszczonym częściowo uwzględnił powództwo. Od wyroku skarżąca wniosła apelację, która została oddalona wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 28 lutego 2003 r. (sygn. akt II Ca 114/03).

Skarżąca wniosła skargę o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego z 28 lutego 2003 r. (sygn. akt II Ca 114/03) w całości oraz wyroku Sądu Rejonowego z 1 października 2002 r. (sygn. akt I C upr. 78/02) w oznaczonym zakresie.

Postanowieniem z 13 lutego 2007 r. (sygn. akt V CNP 177/06) Sąd Najwyższy odrzucił skargę. Przytaczając stanowisko wyrażone w uchwale siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 26 października 2005 r. (sygn. akt III BZP 1/05, OSNC nr 5/2006, poz. 78), Sąd Najwyższy rozstrzygnął, że skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia sądowego przysługuje od orzeczeń, które stały się prawomocne od 1 września 2004 r. Kwestionowany przez skarżącą wyrok Sądu Okręgowego stał się prawomocny przed 1 września 2004 r., dlatego Sąd Najwyższy uznał go za niezaskarżalny, a skargę za niedopuszczalną”.

Z uzasadnienia Trybunału Konstytucyjnego:

„(...) Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że zaskarżony przepis w zakresie oznaczonym w sentencji zamyka drogę sądową dochodzenia naruszonych praw oraz uniemożliwia rozpoznanie sprawy o odszkodowanie za niezgodne z prawem działanie władzy publicznej polegające na wydaniu orzeczenia sądu cywilnego.

Mając na uwadze, że od 17 października 1997 r. obowiązuje konstytucyjna zasada kompensacji szkód wyrządzonych bezprawnym działaniem władzy publicznej, a derogacja art. 418 kc. nie doprowadziła do powstania luki prawnej w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej za bezprawie judykacyjne, należy uznać, że od momentu wejścia w życie Konstytucji istnieje materialna podstawa roszczeń z tytułu szkody wyrządzonej niezgodnym z prawem orzeczeniem sądu. W konsekwencji, przed wprowadzeniem szczegółowej regulacji wynikającej z art. 417¹ § 2 kc. poszkodowany mógł poszukiwać ochrony prawnej na podstawie art. 417 kc. w związku z art. 77 ust. 1 Konstytucji.

Zważywszy jednak, że konstytucyjne prawo do wynagrodzenia szkody zakłada stworzenie odpowiedniej procedury dochodzenia tego prawa, a w zakresie odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną bezprawiem judykacyjnym procedura ta powinna przybrać postać sądowego rozstrzygnięcia o niezgodności z prawem orzeczenia w postępowaniu sądowym (por. cytowany wyrok w sprawie o sygn. SK 77/06), możliwość dochodzenia roszczeń z tytułu wyrządzonej szkody powiązana została z możliwością realizacji roszczenia o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia.

Z uwagi na art. 5 ustawy zmieniającej kc. poszkodowani legitymujący się orzeczeniem, które uprawomocniło się przed 1 września 2004 r., nie mogli skutecznie skorzystać z drogi sądowej dochodzenia naruszonych praw. W obowiązującym stanie prawnym uzyskanie stosownego orzeczenia prejudycjalnego w omawianym zakresie odpowiedzialności władzy publicznej jest warunkiem prawnym realizacji prawa do odszkodowania.

(...)

Zważywszy, że od 17 października 1997 r. do 1 września 2004 r. brak było uniwersalnego i powszechnego instrumentu procesowego umożliwiającego stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnych orzeczeń, a wprowadzona mocą ustawy zmieniającej k.p.c. skarga stanowi autonomiczny, uniwersalny i konieczny instrument stwierdzania przesłanki niezgodności z prawem orzeczenia sądu cywilnego, należy uznać, że zamknięcie drogi sądowej - przez wyłączenie możliwości wniesienia skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem orzeczenia sądu cywilnego - oznacza zarazem (w szczególności) pozbawienie poszkodowanych prawa do prawidłowo ukształtowanej procedury sądowej oraz prawa do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sądu odszkodowawczego. Od 17 października 1997 r. do 1 września 2004 r. nie było możliwe spełnienie warunku prawnego, jakim jest uzyskanie prejudykatu stwierdzającego niezgodność z prawem orzeczenia sądu cywilnego. Poszkodowani nie mogli efektywnie korzystać z przysługującego im prawa do sądu w zakresie postępowania odszkodowawczego.

Konkludując, Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że art. 5 ustawy zmieniającej kc., w zakresie oznaczonym w sentencji, jest niezgodny z art. 77 ust. 2 w związku z art. 45 ust. 1 Konstytucji.”

**Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r.
K 26/96, OTK 1997 nr 2, poz. 19**

1. Art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 139, poz. 646), w zakresie w jakim uzależnia ochronę życia w fazie prenatalnej od decyzji ustawodawcy zwykłego, jest niezgodny z art. 1 oraz art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz.U. Nr 84 poz. 426; zm.: z 1995 r. Nr 38 poz. 148, Nr 150, poz. 729; z 1996 r. Nr 106, poz. 488) przez to, że

narusza konstytucyjne gwarancje ochrony życia ludzkiego w każdej fazie jego rozwoju.

(...)

glosa krytyczna: J. Woleński Glosa do orzeczenia TK z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96.

glosa częściowo krytyczna: W. Lang Glosa do orzeczenia TK z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96.

„Grupa Senatorów Rzeczypospolitej Polskiej we wniosku z 11 grudnia 1996 r. wniosła o zbadanie zgodności art. 1 ust 2, ust. 4 pkt b i c, ust. 5 w zakresie dotyczącym art. 4a ust. 1, art. 2 ust. 1 i 2 oraz art. 3 ust. 1, 2 i 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 139, poz. 646) z art. 1, art. 67 ust. 1 i 2 oraz art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz.U. Nr 84 poz. 426; zm.: z 1995 r. Nr 38 poz. 148, Nr 150, poz. 729; z 1996 r. Nr 106, poz. 488).”

Z uzasadnienia Trybunału Konstytucyjnego:

„Stwierdzenie, że życie człowieka w każdej fazie jego rozwoju stanowi wartość konstytucyjną podlegającą ochronie nie oznacza, że intensywność tej ochrony w każdej fazie życia i w każdych okolicznościach ma być taka sama. Intensywność ochrony prawnej i jej rodzaj nie jest prostą konsekwencją wartości chronionego dobra. Na intensywność i rodzaj ochrony prawnej, obok wartości chronionego dobra, wpływa cały szereg czynników różnorodnej natury, które musi brać pod uwagę ustawodawca zwykły decydując się na wybór rodzaju ochrony prawnej i jej intensywności. Ochrona ta jednak powinna być zawsze dostateczna z punktu widzenia chronionego dobra.

(...)

Stanowisko, w myśl którego zdrowie ludzkie powinno podlegać ochronie prawnej także w fazie prenatalnej, znajduje bezpośrednie potwierdzenie w Konwencji o Prawach Dziecka. Art. 24 ust. 1 Konwencji stwierdza, iż Państwa-Strony uznają prawo dziecka do korzystania z możliwie najlepszego stanu zdrowia (...). W ustępie drugim tego artykułu stwierdzono natomiast, iż Państwa-Strony będą starały się zapewnić pełne urzeczywistnienie tego prawa, a w szczególności będą podejmowały właściwe środki w celu: (...) d) zapewnienia matkom właściwej opieki prenatalnej i postnatalnej. Bez względu więc na brzmienie akapitu 10 preambuły do Konwencji, w świetle którego pojęcie dziecka użyte w Konwencji, powinno obejmować także dziecko przed urodzeniem, art. 24 zawiera bezpośrednią wskazówkę, iż prawo do korzystania z możliwie najlepszego stanu zdrowia obejmuje również dziecko poczęte. Tylko w ten sposób można wytłumaczyć wynikające z ust. 2 zobowiązanie do zapewnienia matkom opieki prenatalnej. Zobowiązanie to nie zostało bowiem wprowadzone ze względu na interes samej kobiety ciężarnej ale, jak wyraźnie stanowi to art. 24 ust. 2 in principio, aby zapewnić pełne urzeczywistnienie tego (tj. określonego w ust. 1) prawa. Wyraźnie więc chodzi tutaj o gwarancje dla dziecka poczętego do korzystania z możliwie najlepszego stanu zdrowia.

(...)

Jeżeli bowiem życie człowieka, w tym życie dziecka poczętego, stanowi wartość konstytucyjną, to ustawa zwykła nie może prowadzić do swoistej cenzury i zawieszenia obowiązywania norm konstytucyjnych. Zakaz naruszania życia ludzkiego, w tym życia dziecka poczętego wynika z norm o charakterze konstytucyjnym. W takiej sytuacji ustawodawca zwykły nie może więc być uprawniony do decydowania o warunkach obowiązywania takiego zakazu, czyniąc tym samym normy konstytucyjne normami o charakterze warunkowym. Nie może w szczególności uzależniać go od regulacji zawartych w ustawach zwykłych. Stąd też sprzeczne z normami konstytucyjnymi jest stanowienie przez ustawodawcę zwykłego wszelkich takich regulacji, które prowadziłyby do jedynie warunkowego obowiązywania gwarancji konstytucyjnych.

(...)

Należy stanąć na stanowisku, iż konstytucja może być i jest bezpośrednim źródłem zakazów i nakazów obowiązujących w systemie prawa, a odnoszących się do określonych wartości konstytucyjnych. Już z samej więc konstytucji wynika zakaz naruszania wolności słowa, wolności zgromadzeń, naruszania nietykalności osobistej, czy tajemnicy korespondencji. Jednocześnie jednak posługując się samą tylko konstytucją, dla ostatecznego ustalenia bezprawności zachowania naruszającego czy ograniczającego określoną wartość konstytucyjną, niezbędne byłoby ustalenie, czy zachowanie to znajduje dostateczne usprawiedliwienie w związku z realizacją innej wartości konstytucyjnej. W szczególności np. naruszenie życia napastnika może być uzasadnione koniecznością ochrony życia ofiary.

Mimo więc tej bezpośredniej mocy regulacyjnej konstytucji ustawodawca zwykły nie jest zwolniony z obowiązku stanowienia norm merytorycznych odnoszących się do ochrony wartości konstytucyjnych, w szczególności jednak powinien on rozstrzygać w sposób generalny kolizje, jakie mogą powstawać w związku z praktyczną realizacją wartości konstytucyjnych. Ustawodawca powinien nadto określić sposoby egzekwowania norm merytorycznych - konstruując zarówno konsekwencje prawne ich nieprzestrzegania jak i procedury egzekwowania.

W tym ostatnim zakresie ustawodawca ma dużą swobodę realizowania określonej polityki zapewniającej skuteczność stanowionych norm merytorycznych. Swoboda ta nie może jednak przekraczać pewnych granic. W szczególności ustawodawca nie może całkowicie zrezygnować z ochrony określonych dóbr prawnych lecz ma obowiązek zapewnienia im „dostatecznej ochrony”.

(...)

Z istoty uznania życia ludzkiego za wartość konstytucyjną wynika konieczne ograniczenie praw kobiety ciężarnej. Rozwijające się życie nie tylko korzysta z dóbr

matki w znaczeniu biologicznym, ale także ze względów czysto faktycznych może ograniczać matkę w możliwościach korzystania z przysługujących jej praw i wolności. Także w sferze prawnej, korelatem rozwijającego się życia dziecka jest zespół obowiązków złożonych zarówno na matkę dziecka jak i jego ojca, gwałtownie wzrastający z momentem narodzin. W sposób konieczny poczęcie dziecka i przyznanie ochrony prawnej życiu w fazie prenatalnej łączy się z powstaniem obowiązków matki i ojca dziecka. Ta zmiana sytuacji prawnej nie stanowi usprawiedliwienia dla pozbawienia życia dziecka poczętego. Przepisy konstytucyjne, przewidujące ochronę prawną macierzyństwa oraz rodziny, zakładają, że obowiązki rodzicielskie nie mogą wpływać na zakres ochrony życia dziecka poczętego.

(...)

Zdolność prawna, o której mowa w art. 8 jest warunkiem nabywania praw w zakresie prawa cywilnego zarówno o charakterze majątkowym jak i niemajątkowym.

Oczywiście skreślenie art. 8 § 2 nie oznacza, iż w ogóle, w całym zakresie prawa cywilnego dziecko poczęte utraciło zdolność bycia podmiotem przewidzianych w tej dyscyplinie praw. Art. 927 § 2 kc przesądza o tym, iż dziecko poczęte może być podmiotem praw wynikających ze spadku. Zgodnie z art. 182 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dla dziecka poczętego, lecz jeszcze nie urodzonego, można ustanowić kuratora. Wynika stąd jednoznacznie, iż przepis szczególny może, w zakresie regulowanych w nim stosunków prawnych, kreować zdolność prawną dziecka poczętego.

Samo skreślenie generalnej klauzuli zawartej w art. 8 § 2 kc nie musi prowadzić automatycznie do braku jakiegokolwiek zdolności prawnej dzieci poczętych. Brak, przed 1993 r., tej klauzuli nie przeszkadzał sądom w konstruowaniu takiej zdolności w zakresie niektórych praw przewidzianych w kodeksie cywilnym, na zasadzie interpretacji poszczególnych przepisów prawa cywilnego. W doktrynie wyrażany jest pogląd, że wprowadzenie do kodeksu cywilnego art. 8 § 2 nie stanowiło „istotnej nowości w stosunku do tego, co judykatura i doktryna przyjmowały na tle dotychczasowych przepisów kodeksu cywilnego” (zob. A. Mączyński, K. Zawada, *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, z. 3/1995, s. 418). Nie ma podstaw do negowania dalszej aktualności tego dorobku po uchyleniu art. 8 § 2 kc. Niektóre roszczenia (np. w tzw. sprawach kombatanckich, na które powołuje się wnioskodawca) mogą być oparte, jak słusznie zwrócił na to uwagę w czasie rozprawy przedstawiciel Prokuratora Generalnego, o art. 446¹ kc.

Decyzja ustawodawcy o skreśleniu generalnej klauzuli przyznającej zdolność prawną jest więc w istocie uzasadniona tym, iż ze względu na status psychofizyczny płodu jego zdolności do „bycia” podmiotem praw określonych w prawie cywilnym jest dość ograniczona. Zdolność prawna, o której mówią przepisy kodeksu cywilnego, ma charakter czysto funkcjonalny i odnosi się wyłącznie do insty-

tucji prawa cywilnego. W szczególności nie można utożsamiać zdolności prawnej określonej w art. 8 kc. z podmiotowością prawną w całym systemie prawa. Podmiotowość prawna przynależna jest każdemu człowiekowi. Zdolność prawna w zakresie prawa cywilnego może być natomiast uzależniona od etapu rozwoju życia ludzkiego. W żaden więc sposób, nie można odczytywać tej decyzji w kontekście całkowitego pozbawienia nasciturusa zdolności prawnej w całym zakresie prawa cywilnego, czy systemu prawa. Rezygnacja z generalnej klauzuli przyznającej zdolność prawną w zakresie prawa cywilnego w żaden sposób nie rzutuje także na objęcie ochroną prawną tak istotnych dóbr prawnych, jak życie czy zdrowie nasciturusa a w szczególności jego godność (por. pkt 10 rekomendacji 1046 Rady Europy nakazujący traktowanie embrionu lub płodu ludzkiego we wszelkich okolicznościach z szacunkiem należnym godności ludzkiej). Jak już wcześniej wspomniano podstawy tej ochrony zakorzenione są w przepisach o charakterze konstytucyjnym.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2009 r.
III KK 349/08, LEX nr 491550**

Sądy obu instancji, zgodnie z regułą intertemporalną wyrażoną w art. 4 § 1 kk. z 1997 r. stanowiącą, iż należy stosować ustawę obowiązującą w czasie orzekania (nową), chyba że jej zastosowanie prowadzi do pogorszenia sytuacji sprawcy, powinny były, przed dokonaniem oceny prawnej czynów, rozważyć w pierwszej kolejności, które unormowania *in concreto* są względniejsze dla oskarżonej w odniesieniu do każdego z zarzucanych jej czynów. Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, sądy orzekające zobowiązane były wskazać przyczyny i powody, dla których 10 czynów popełnionych przez oskarżoną E. S.-G. w czasie obowiązywania stanu prawnego poprzedzającego wejście w życie Kodeksu karnego z 1997 r. zostało ocenionych na płaszczyźnie stanu prawnego obowiązującego w czasie orzekania. (...) Porównanie katalogu kar dodatkowych zawartego w art. 38 kk. z 1969 r. z zawartą w Kodeksie karnym z 1997 r. instytucją obligatoryjnego naprawienia szkody wynikającą z art. 46 § 1 kk., której poprzedni Kodeks karny nie przewidywał nawet w formie fakultatywnej, wynika, że względniejszą ustawą dla oskarżonej, która powinna stanowić podstawę prawną orzekania co do czynów popełnionych przed 1 września 1998 r., jest Kodeks karny z 1969 r. Surowsze limity kary odbytej, przewidziane w Kodeksie karnym z 1969 r. do udzielenia warunkowego przedterminowego zwolnienia, w porównaniu do zasad karnych przewidzianych w Kodeksie karnym z 1997 r. w tym zakresie nie mają wpływu na ocenę względności ustaw w świetle art. 4 § 1 kk. Od dnia wejścia w życie Kodeksu karnego z 1997 r. warunkowe zwolnienie z odbycia reszty kary udzielane jest według zasad przewidzianych w tym Kodeksie bez względu na uprawnienia wynikające z regulacji poprzedniego Kodeksu karnego.

**Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2009 r.
III CZP 2/09, LEX nr 492286**

1. W stanie prawnym wprowadzonym przez art. 442¹ można zasadnie twierdzić, że wyeliminowane zostało niebezpieczeństwo upływu terminu przedawnienia roszczenia o naprawienie szkody na osobie wcześniej niż szkoda ta się ujawniła.
2. Wprowadzenie uregulowania, że bieg terminu przedawnienia roszczenia o naprawienie szkody na osobie rozpoczyna się z chwilą dowiedzenia się przez poszkodowanego o szkodzie i osobie zobowiązanej do jej naprawienia (bo tak należy odczytać § 3 art. 442¹ kc.) oznacza, że nie został w żaden sposób ograniczony czas, w jakim może ujawnić się szkoda na osobie prowadząc do powstania (zaktualizowania się) odpowiedzialności pozwanego za skutki danego zdarzenia. Drugi, czy kolejny proces odszkodowawczy może więc toczyć się nawet po dziesiątkach lat od wystąpienia zdarzenia wyrządzającego szkodę. Trudności dowodowe z biegiem lat narastają, a przesądzenie w sentencji wyroku zasądzającego świadczenie odszkodowawcze o odpowiedzialności pozwanego za szkody mogące powstać w przyszłości, zwalnia powoda (poszkodowanego) z obowiązku udowodnienia istnienia wszystkich przesłanek odpowiedzialności podmiotu, na którym taka odpowiedzialność już ciąży.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 sierpnia 2009 r.
IV CSK 146/09, Wspólnota 2009 nr 36 s. 29**

Prawem właściwym dla spadku są przepisy obowiązujące w chwili śmierci spadkodawcy. Jeśli w tym czasie istniały ograniczenia związane z nabywaniem gospodarstwa rolnego poprzez spadkobranie, sąd, wydając postanowienie o nabyciu spadku, jest obowiązany je uwzględnić.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2008 r.
WA 40/08, OSNwSK 2008 nr 1, poz. 1994**

Przy rozważaniu problemu względności ustaw (w tym w kontekście ustania karalności czynu) nie należy poprzestawać wyłącznie na porównaniu ustawy nowej z ustawą obowiązującą w dacie popełnienia przestępstwa, lecz należy brać pod uwagę wszystkie zmiany stanu prawnego zaistniałe między datą popełnienia przestępstwa, a datą orzekania tak, by zgodnie z regułą opisaną w art. 4 § 1 kk. doszło do oceny zachowania sprawcy przez pryzmat przepisów dlań najkorzystniejszych.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2007 r.
III PK 96/06, OSNP 2008 nr 5-6, poz. 61**

1. Odroczenie wejścia w życie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego (art. 190 ust. 3 Konstytucji RP) stwierdzającego sprzeczność przepisu ustawy z Konstytucją nie stanowi przeszkody do uznania przez sąd, że przepis ten był sprzeczny z Konstytucją od jego uchwalenia.
2. Sąd może odmówić stosowania art. 442 § 1 zdanie drugie kc. w odniesieniu do zdarzeń wyrządzających szkodę na osobie zaistniałych od dnia jego wejścia w życie. Roszczenia z tytułu tych szkód ulegają przedawnieniu z upływem lat trzech od dnia, w którym poszkodowany dowiedział się o szkodzie i osobie obowiązanej do jej naprawienia (art. 442 § 1 zdanie pierwsze kc.).

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r.
I CSK 84/07, OSNC-ZD 2008 nr 2, poz. 35**

Przepisy międzyczasowe zawarte w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Przepisy wprowadzające kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 94 ze zm.) mają zastosowanie w drodze analogii do ustaw nowelizujących kodeks cywilny, chyba że stanowią one inaczej.

**Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 27 października 2005 r.
II SA/Bk 503/05, LEX nr 173719**

Po uchyleniu § 2 art. 8 kc. generalnie możliwość warunkowego stania się podmiotem praw przez nasciturusa dopuszczalna jest jedynie wówczas, gdy wynika to wprost z przepisów szczególnych. Ustawa o świadczeniu pieniężnym przysługującym osobom deportowanym do pracy przymusowej oraz osadzonych w obozach pracy przez III Rzeszę i Związek Socjalistycznych Republik Radzieckich (Dz.U. z 1996 r. Nr 87, poz. 395 z późn. zm.) takiej szczególnej regulacji nie zawiera. Dlatego też okres represji nie może być liczony od dnia poczęcia.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1996 r.
III ARN 96-95, OSNP 1996/24/366**

Pojęcie “osoba podlegająca represjom w hitlerowskich obozach koncentracyjnych” oznacza również dziecko poczęte, jeżeli urodziło się żywe (art. 4 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 24 stycznia 1991 r. o kombatantach oraz niektórych osobach będących ofiarami represji wojennych i okresu powojennego, Dz.U. Nr 17, poz. 75 ze zm. w zw. z art. 8 § 2 kc. i art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, Dz.U. Nr 17, poz. 78.).

**Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 grudnia 1995 r.
III CZP 181/95, OSNC 1996 nr 4, poz. 50**

Dopuszczalne jest założenie księgi wieczystej dla nieruchomości stanowiącej budynek bądź piętro budynku, nabytej pod rządem nie obowiązującego obecnie kodeksu cywilnego Napoleona.

**Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1969 r.
II CR 512/69, LEX nr 6587**

1. Powszechny jest pogląd o deklaratywnym charakterze wyroków ustalających ojcostwo. Wyrok taki stwierdza tylko stan istniejący już od chwili porzucenia dziecka (art. 927 § 2 kc.).
2. Znaczenie prawne ma natomiast data 1.X.1950 r. dotycząca zniesienia ograniczeń prawnych tzw. dawniej dzieci pozamażeńskich. Jeżeli bowiem ojciec takiego dziecka zmarł przed tą datą, dziecko takie po nim nie dziedziczy także wówczas, gdy ustalenie ojcostwa nastąpiło po tej dacie.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 1967 r.
III PRN 38/67, LEX nr 6167**

Wykładnia art. XLIX § 1 przep. wpraw. kc. prowadzi do wniosku, że nie stosuje się nowej ustawy przy ocenie skutków czynu niedozwolonego, który zdarzył się przed jej wejściem w życie. Na skutek wypadku powstał bowiem stosunek zobowiązaniowy, którego treść jest bezpośrednim następstwem omawianego zdarzenia prawnego.

Przepisy kodeksu zobowiązań miałyby więc zastosowanie nawet wówczas, gdyby wypadek nastąpił przed dniem 1.I.1965 r. a śmierć denata po dniu 31.XII.1964 r.

Słowa kluczowe: odpowiedzialność cywilna, małoletni, nadzór, wina

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2011 r.
II CSK 392/10, OSNC-ZD 2011 nr 4, poz. 87**

1. Każdy ustalony fakt powinien nastąpić w oparciu o konkretnie powołane dowody, a następnie należało kompleksowo je omówić, wskazując zwłaszcza dlaczego odmiennym od ustaleń środkiem dowodowym odmawia się wiarygodności.
2. Obowiązek przestrzegania niezbędnych wymagań w dziedzinie bezpieczeństwa młodzieży w szkole nie ogranicza się do wydania konkretnych nakaź, czy zakazów wynikających wprost z przepisów szczegółowych, lecz

polega na stosowaniu - wynikających z zasad ogólnych - wszelkiego rodzaju środków ochrony przez nauczycieli wobec powierzonych im pieczy uczniów. Zasady te powinny być honorowane w stosunkach szkolnych zarówno ze względu na bezpieczeństwo uczącej się młodzieży, jak i dla celów wychowawczych, polegających na wytworzeniu nawyku poszanowania własnego i cudzego bezpieczeństwa.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2009 r.
IV CSK 207/09, Biuletyn SN 2009 nr 11, s. 13**

- I. Ustalenie, że przyczyną szkody było zachowanie małoletniego, który ukończył 13 lat, lecz winy mu przypisać nie można, nie wyłącza odpowiedzialności prowadzącego zakład na podstawie art. 435 kc.
- II. W wyroku wstępnym sąd nie orzeka o przyczynieniu się poszkodowanego.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 1977 r.
IV CR 8/77, LEX nr 7909**

Względy wychowawcze przemawiają za przyjęciem, że nadzór nad młodzieżą starszą nie może być ciągły, gdyż młodzieży takiej należy stwarzać warunki do znacznej samodzielności.

Za wadliwą i nie zapewniającą takiej młodzieży należytej opieki uznać trzeba taką organizację nadzoru, przy której w stałych, i z góry znanych i długich odcinkach czasu nie może on być wykonywany nawet sporadycznie.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 1971 r.
III CRN 448/70, LEX nr 6863**

Rodzice odpowiadają z tytułu nadzoru za szkodę wyrządzoną w sposób zawiniony przez małoletniego powyżej 13 lat, wtedy, gdy zostanie im udowodniona konkretna wina (art. 415 kc.) pozostająca w związku przyczynowym ze szkodą.

Nie można uznać za uzasadnione dopatrywania się winy pozwanych małżonków jedynie w tym, że prawie 17-letni ich syn był na zabawie poza godz. 24-tą w świetlicy gromadzkiej, znajdującej się w tej samej wsi, w której mieszkał.

**Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1959 r.
I CO 18/59, OSNCK 1960 nr 3, poz. 80**

Za szkodę wyrządzoną zawinionym czynem małoletniego odpowiadają również rodzice z tytułu braku nadzoru, jeśli zostanie udowodnione, że szkoda pozostaje w związku przyczynowym z określonym ich zaniedbaniem (art. 134 k.z.).

Sowa kluczowe: zobowiązanie, wierzytelność, dług

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r.
III CNP 27/09, Biuletyn SN 2010, nr 7, s. 9, OSNC-ZD 2010 nr 4, poz. 105**

O bycie zobowiązania rozstrzyga istnienie, znajdującego wyraz w jego treści, godnego ochrony interesu wierzyciela; gdy tego interesu brak, zobowiązanie nie powstaje, a powstałe wygasa.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 sierpnia 2008 r.
V CSK 87/08, OSNC-ZD 2009 nr 2, poz. 57**

Przy wykonywaniu zobowiązań umownych mają znaczenie tylko takie zwyczaje, które zostały już ukształtowane w odniesieniu do pewnej kategorii stosunków obligacyjnych i są powszechnie znanym oraz aprobowanym sposobem postępowania.

Słowa kluczowe: własność nieruchomości, zasiedzenie,

**Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2010 r.
IV CSK 152/10, LEX nr 707912**

1. Zasiedzenie jest odstępstwem od zasady nienaruszalności prawa własności. Dlatego wszelkie wątpliwości powinny być tłumaczone na korzyść ochrony własności (innych praw majątkowych), bez względu na to, czy chodzi o własność (prawa majątkowe) osób fizycznych, jednostek samorządu terytorialnego, Skarbu Państwa, czy innych podmiotów. Nie ma przeto żadnych podstaw ani prawnych ani aksjologicznych ani teleologicznych aby oznaczonej grupie właścicieli ochronę tę ograniczać.
2. W złej wierze jest ten, kto wie albo wiedzieć powinien, że prawo własności przysługuje nie jemu, lecz innej osobie. Oznacza to, że ocenie podlega zasadność przeświadczenia nabywcy o przysługującym mu prawie przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności towarzyszących.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 sierpnia 2008 r.
V CNP 24/08, LEX nr 465960**

Nikt poza Skarbem Państwa lub jednostkami samorządu terytorialnego nie powinien być właścicielem gruntów, które zajęte są pod drogi publiczne. Skarb Państwa nie może skutecznie przenieść prawa własności do działek zajętych pod drogi publiczne na osobę fizyczną.

Słowa kluczowe: prawo karne, zasady procesowe

**Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2009 r.
II KK 96/09, LEX nr 507935**

Obraza art. 4 kpk. nie może w ogóle stanowić podstawy zarzutu kasacyjnego. Przepis ten formułuje procesową zasadę obiektywizmu, przestrzeganie, której gwarantowane jest szczegółowymi przepisami procedury karnej. Przyjęcie, że doszło do naruszenia tej zasady wymaga więc wykazania obrazy poszczególnych przepisów gwarantujących jej przestrzeganie.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2008 r.
III KK 326/07, LEX nr 359599**

Generalne zasady procedowania w procesie karnym nakazują organom badać oraz uwzględnić wszystkie okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego. Jest to wyraz postulatu procesowego, by ustalenia faktyczne odpowiadały prawdzie. W postępowaniu jest to osiągalne tylko wtedy, gdy przedmiotem zainteresowania jest cały zebrany w sprawie materiał dowodowy bez pominięcia istotnych jego części i gdy całokształt tego materiału - po prawidłowym ujawnieniu go w procesie - stanie się następnie przedmiotem rozważań sądu.

**Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 lipca 2008 r.,
II KK 93/08, LEX nr 448993**

1. Przepisy art. 4, 2 § 2, 2 § 2 pkt 1 kpk. w ogóle nie mogą być samodzielną podstawą kasacji, ponieważ formułują one tylko zasady procesowe, których wysoki poziom abstrakcji normatywnej powoduje, że bez powiązania ich z konkretnymi przepisami prawa procesowego, „ucieleśniającymi” te wskazania ogólne, wykluczone jest posługiwanie się nimi nie tylko w kasacji, ale w jakimkolwiek środku odwoławczym.
2. Brak podstaw do przyjęcia, że Sąd Apelacyjny naruszył prawo skazanego do obrony przez uznanie za oczywiście bezzasadną apelacji wniesionej przez obrońcę skazanego, opracowanej w sposób mało profesjonalny, albowiem nie ma naruszenia tego prawa gdy w złożonej przez obrońcę apelacji od wyroku sądu nie przedstawiono wszystkich zarzutów, które kasacja od wyroku sądu odwoławczego uznawała za niezbędne do prezentacji w takiej skardze, jeśli nie osiągały one charakteru uchybień domagających się oceny z urzędu (art. 440 kpk.).

**Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2007 r.
III KK 461/06, OSNwSK 2007 nr1, poz. 711**

Przepis art. 2 kpk., mający charakter ogólny, określa jedynie cele postępowania karnego i kilka obowiązujących w tym postępowaniu zasad (m.in. zasadę prawdy materialnej wyrażoną w art. 2 § 2 kpk.). Skoro przepis ten nie reguluje przebiegu procesu karnego, nie może być mowy o jego naruszeniu w sposób poddający się kontroli instancyjnej. Przedmiotem naruszenia mogą być bowiem tylko normy konkretyzujące ogólne zasady procesowe, a zwłaszcza normy nakazujące lub zakazujące dokonywania określonych czynności w odpowiedniej sytuacji procesowej.

**Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 17 stycznia 2001 r.
II AKa 255/00, Prokuratura i Prawo – wkładka 2002 nr 10, s. 22**

Stosownie do jednolitej linii orzecznictwa Sądu Najwyższego - przekonanie sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną art. 7 kpk., jeżeli:

- zostało poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy, w sposób podyktowany obowiązkiem ustalenia prawdy, realizującym zasady postępowania określone w art. 410 i art. 2 § 2 kpk.,
- jest rezultatem rozważenia wszystkich tych okoliczności przemawiających na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, czyli z zachowaniem zasady bezstronności (art. 4 kpk.) oraz uwzględnieniem nakazu in dubio pro reo (art. 5 § 2 kpk.).

Słowa kluczowe: postępowanie karne, wznowienie postępowania

**Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 28 kwietnia 2009 r.
II AKz 144/09, KZS 2009/5/44**

W sprawie o wznowienie postępowania nowe fakty nie mogą być ustalane w oparciu o dowody uprzednio przeprowadzone w postępowaniu, bo dopuszczenie takiej możliwości oznaczałoby dokonywanie w postępowaniu o wznowienie nowej oceny dowodów i dokonywanie tylko na tej podstawie odmiennych ustaleń faktycznych, a w tym postępowaniu nie jest dopuszczalne badanie prawidłowości oceny materiału dowodowego, poprzednio dokonanej przez sądy.

**Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2009 r.
V KZ 31/09 OSNKW 2009/10/90**

Skoro strona nie ma prawa do złożenia wniosku o wznowienie postępowania z przyczyn określonych w art. 542 § 3 kpk., to nie przysługuje jej również żądanie, w drodze środka odwoławczego, kontroli negatywnego stanowiska sądu.

**Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2009 r.
II KO 45/09, LEX nr 512964**

Jeżeli zmiana przepisu stanowiącego podstawę odpowiedzialności karnej nastąpiła w wyniku orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, uznającego przepis w pierwotnym brzmieniu za niezgodny z Konstytucją RP, a przepis w nowym brzmieniu jest korzystny dla prawomocnie skazanego, to istnieje określona w art. 540 § 2 kpk. podstawa do wznowienia postępowania. Jest oczywiste, że postępowanie ulega wznowieniu w takim zakresie, w jakim zmiana stanu prawnego ma znaczenie dla przyszłego orzeczenia.

*Opracowali:
Justyna Matys
Piotr Niczyporuk*

WYBÓR LITERATURY

1. Агибалов В.А., Мещеряков В.А. Природа и сущность виртуальных следов, «Воронежские криминалистические чтения», Выпуск 12, Воронеж, 2010
2. Аленин А.П., Романенко М.А. криминалистические учеты органов внутренних дел. Учебное пособие. Омск 2008
3. Аминов Е.Р. Новация в российском гражданском праве: Дисс. канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2011
4. von Bar Christian and Eric Clive (ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Volumes I-VI. Sellier. Munich, 2009
5. Байбак В.В. Обязательственное требование как объект гражданского оборота. Москва 2005
6. Байбак В.В, Предвидимость убытков как критерий ограничения ответственности за нарушение договора. Вестник Высшего арбитражного суда РФ. № 5. 2009
7. Бациев В.В. Обязательство, осложненное условием об отступном (замене исполнения). Москва, 2003
8. Bednarek M., Koncesja własności w dobie transformacji ustrojowej w Polsce, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1993, Nr 4
9. Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики, Москва, Издательство Норма (Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М), 2001
10. Bieńkowska B., T., Szafranski D. (red.) Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym, cz. 1, Warszawa 2008
11. Bieńkowska B., T., Szafranski D. (red.) Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym, cz. 2, Warszawa 2009
12. Биłyж М., Мурзыновски А., Wznowienie postępowania karnego w PRL w świetle prawa i praktyki, Warszawa 1980

13. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. книга первая: Общие положения. 2-е изд. Москва 2005
14. Черепяхин Б.Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву / Труды по гражданскому праву. Москва 2001
15. Эйдинова Э.Б. Наследование по закону и завещанию. Москва 1984
16. Goettel M., Kształtowanie się modelu ingerencji we władzę rodzicielską na tle ewolucji polskiego powojennego ustawodawstwa rodzinnego, (w:) M. Mikołajczyk, J. Ciągwa, P. Fiedorczyk, A. Stawarska – Rippeł, T. Adamczyk, A. Dragoń, W. Organiściak, K. Kuźmich (red.), O prawie i jego dziejach księgi dwie. Studia ofiarowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w czterdziestopięciolecie pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin. Księga II, Białystok-Katowice 2010
17. Гонгало Б.М. Обеспечение исполнения обязательств. Москва 1999
18. Grajewski J., Przebieg procesu karnego, Warszawa 2008
19. Ищенко В.П. Российская криминалистика сегодня, «Вестник криминалистики», Выпуск 4 (20), Москва, Издательство «Спарк», 2006
20. Jasiński P., SJ., Z powrotem do kapitalizmu. Problemy przekształceń systemowych i własnościowych, Warszawa 1994
21. Justyński T., Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej, Kraków 2003
22. Kardas P., Środki zapobiegawcze w polskim procesie karnym – analiza aktualnego stanu prawnego w kontekście praktyki stosowania prawa oraz propozycje nowych rozwiązań ustawowych, Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego 2010, nr 1
23. Katner W.J., Rozwiązania prawne i przebieg prywatyzacji w Polsce, (w:) Studia z prawa gospodarczego i handlowego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Stanisława Włodyki, Kraków 1996
24. Kępiński M., (red.) Prawo prywatne czasu przemian: księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtyśkiemu, Poznań 2005
25. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: В 3 т. Т. 3. комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Г. Светланова; Институт государства и права РАН. Москва: Юрайт-Издат. 2004. С. 152. (автор комментария А.А. Рубанов)
26. Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. Москва: 2002. С. 197-198 (автор комментария – А.А. Рубанов).

27. Koredczuk J., Nauka prawa karnego w Rosji. Od jej wstępu do upadku, (w:) M. Mikołajczyk, J. Ciągwa, P. Fiedorczyk, A. Stawarska – Rippel, T. Adamczyk, A. Dragoń, W. Organiściak, K. Kuźmich (red.), O prawie i jego dziejach księgi dwie. Studia ofiarowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w czterdziestopięciolecie pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin. Księga I, Białystok-Katowice 2010
28. Крашенинников Е.А. К проблематике предоставления вместо исполнения// Очерки по торговому праву. Ярославль, 2002. Вып. 9.
29. Kowalik – Bańczyk K, Prowspólnotowa wykładnia prawa polskiego, Europejski Przegląd Sądowy 2005, nr 3
30. Kurcz B., Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego, Kraków 2004
31. Lewaszkiwicz- Petrykowska B., Zasada pełnego odszkodowania (mity i rzeczywistość), (w:) L. Ogiełło, W. Popiołek, M. Szpunar (red.), Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora M. Pazdana, Kraków 2005
32. Малинин С.А., Ковалева Т.М. Соглашения международных межправительственных организаций: функциональный анализ применительно к международной морской организации//Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия 6. 1992. Выпуск 4.
33. Малинин С.А. О правотворческой деятельности межгосударственных организаций//Советский ежегодник международного права, 1971. Москва 1973
34. Малинин С.А., Ковалева Т.М. Правовая природа административно-регламентационных актов, издаваемых межгосударственными организациями// Малинин С.А. Избранное. Санкт-Петербург, 2003
35. Маргиев В.И. Внутреннее право международных организаций. Владикавказ, 1995
36. Martysz Cz., Matan A., Ewolucja polskiego postępowania administracyjnego w latach 1928-2008, (w:) M. Mikołajczyk, J. Ciągwa, P. Fiedorczyk, A. Stawarska – Rippel, T. Adamczyk, A. Dragoń, W. Organiściak, K. Kuźmich (red.), O prawie i jego dziejach księgi dwie. Studia ofiarowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w czterdziestopięciolecie pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin. Księga II, Białystok-Katowice 2010
37. Materniak-Pawłowska M., Ustrój sądownictwa powszechnego II Rzeczypospolitej, Poznań 2003
38. Mazurkiewicz J., Czy dobra osobiste mogą powstać po śmierci?, (w:) Balcerczyk J., (red.), Dobra osobiste w XXI w. Nowe wartości, zasady, technologie, Warszawa 2012

39. Mazurkiewicz J., *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*, Wrocław 2010
40. Мейер Д.И. Древнее русское право залога // Мейер Д.И. Избранные произведения по гражданскому праву. Москва: Центр ЮрИнфоР, 2003
41. Мещеряков В.А. Механизм слеодообразования при совершении преступлений в сфере компьютерной информации, «Известия Тульского государственного университета», Серия: Современные проблемы законодательства России, юридических наук и правоохранительной деятельности. Тула, 2000, Выпуск 3
42. Mohyluk M., *Porządkowanie prawa w II Rzeczypospolitej: Komisja Kodyfikacyjna i Rada Prawnicza*, *Czasopismo Prawno-Historyczne* 1999, z. 1-2
43. Mohyluk M., *Prawo o ustroju sądów powszechnych w pracach Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej*, Białystok 2004
44. Неволин к.А. История российских гражданских законов. Ч. 3. Москва: Статут, 2006
45. Павлов А.А., комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая/ Под ред. А.П. Сергеева. Москва 2010
46. Павлов А.А. Условия и последствия новации// Вестник ВАС РФ. 2006. № 8
47. Pokora A., *Zarys ewolucji prawa upadłościowego w polskim systemie prawnym*, (w:) M. Mikołajczyk, J. Ciągwa, P. Fiedorczyk, A. Stawarska – Rippel, T. Adamczyk, A. Dragoń, W. Organiściak, K. Kuźmicz (red.), *O prawie i jego dziejach księgi dwie. Studia ofiarowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w czterdziestopięciolecie pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin. Księga II*, Białystok-Katowice 2010
48. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Москва 1998
49. Орлов Н. Правовая природа выморочного имущества / Вопросы советского гражданского права. М. 1955. С. 117; Серебровский В.И. Очерки советского наследственного права / Избранные труды по наследственному и страховому праву. Москва 2003
50. Orłowski W., *Zmiany w konstytucjach związane z członkostwem w Unii Europejskiej*, Kraków 2011
51. Pietrzak M., *Z problematyki kodyfikacji prawa w II Rzeczypospolitej*, (w:) *Партикуляризм а унификация права в Polsce (XV-XX w.)*, Gdańsk 1994
52. Rafacz-Krzyżanowska M., *W sprawie materialnej odpowiedzialności rodziców*, *Nowe Prawo* 1959, nr 7

53. Рассказова Н.Ю. О деньгах и денежных средствах в гражданском праве // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Выпуск 4. Москва 2005
54. Romanowski M., Ogólne reguły wykładni kontraktów w świetle zasad europejskiego prawa kontraktów a reguły wykładni umów w prawie polskim, Przegląd Prawa Handlowego 2004, nr 8
55. Рязановский В.А. О посмертном преемстве супругов по русскому праву. Историко-догматический очерк. Н.-Новгород. 1914
56. Safjan M., Efekt horyzontalny praw podstawowych w prawie prywatnym: autonomia woli a zasada równego traktowania, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2009, nr 2
57. Safjan M., Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu, (w:) M. Pyziak – Szafnicka (red.), Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara, Kraków 2004
58. Safjan M., Prawo a medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny, Warszawa 1998
59. Safjan M., Wyzwania dla państwa prawa, Warszawa 2007
60. Sakowicz A., Wznowienie postępowania na niekorzyść oskarżonego. Między sprawiedliwością materialną a zasadą pewności prawa, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2011. Księga dedykowane dr Ewie Weigend
61. Sakowicz A., Zasada *ne bis in idem* w prawie karnym, Białystok 2011
62. Słyk J., Psychologiczne uwarunkowania zachowań dzieci wyrządzających szkodę a odpowiedzialność rodziców z tytułu nadzoru nad nimi, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2008, nr 8.1
63. Słyk J., Współzależność między odpowiedzialnością cywilną za wyrządzoną szkodę przez dziecko a obowiązkiem rodziców jego wychowania, (w:) S. Bębas, E. Jasiuk (red.) Prawne, administracyjne i etyczne aspekty wychowania w rodzinie, t. I, Wyższa Szkoła Handlowa w Radomiu, Radom 2011
64. Sokołowski T., Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. A. Mickiewicza w Poznaniu, Poznań 1987
65. Sójka-Zielińska K., Organizacja prac nad kodyfikacją prawa cywilnego w Polsce międzywojennej, Czasopismo Prawno-Historyczne 1975, z. 2

66. Stawarska – Rippel A., O pierwszym radzieckim kodeksie procedury cywilnej. Postępowanie cywilne od dekretów o sądzie do początków rekodyfikacji radzieckiego prawa, (w:) M. Mikołajczyk, J. Ciągwa, P. Fiedorczyk, A. Stawarska-Rippel, T. Adamczyk, A. Dragoń, W. Organiściak, K. Kuźmich (red.), O prawie i jego dziejach księgi dwie. Studia ofiarowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w czterdziestopięciolecie pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin. Księga II, Białystok-Katowice 2010
67. Stefański R.A., Środki zapobiegawcze w polskim procesie karnym *de lege lata i de lege ferenda*, Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego 2010, nr 1
68. Stelmachowski A., Zarys teorii prawa cywilnego, Warszawa 1998
69. Szafrąński D. (red.), Europeizacja prawa polskiego – wybrane aspekty, Warszawa 2007
70. Szczepaniak R., Specjalizacja prawna osób prawnych? Relikt poprzedniego systemu czy źródło inspiracji, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2009, nr 3
71. Szczygieł G., Instytucja warunkowego zwolnienia w okresie międzywojennym, (w:) M. Mikołajczyk, J. Ciągwa, P. Fiedorczyk, A. Stawarska-Rippel, T. Adamczyk, A. Dragoń, W. Organiściak, K. Kuźmich (red.), O prawie i jego dziejach księgi dwie. Studia ofiarowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w czterdziestopięciolecie pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin. Księga II, Białystok-Katowice 2010
72. Szpunar A., Odpowiedzialność osób zobowiązanych do nadzoru, Warszawa 1978
73. Śliwiński S., Wznowienie postępowania karnego w prawie polskim na tle prawnoporównawczym, Warszawa 1957
74. Świecki D., Model postępowania przygotowawczego i sądowego, Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego 2010, nr 1
75. Tabor Z., Wykładnia historyczna, (w:) M. Mikołajczyk, J. Ciągwa, P. Fiedorczyk, A. Stawarska-Rippel, T. Adamczyk, A. Dragoń, W. Organiściak, K. Kuźmich (red.), O prawie i jego dziejach księgi dwie. Studia ofiarowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w czterdziestopięciolecie pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin. Księga II, Białystok-Katowice 2010
76. Tokarczyk R., Biojurisprudencja. Podstawy prawa dla XXI w., Lublin 2008
77. Trzaskowski R., Zadośćuczynienie za krzywdę związaną z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania, Przegląd Sądowy 2006, nr 5

78. Тункин Г.И. XXV съезд КПСС и основные проблемы советской науки международного права. // Советский ежегодник международного права, 1976. Москва 1978
79. Tylman J., Zasada bezpośredniości na tle zmian w polskim prawie karnym procesowym., (w:) Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy, (red. J. Skorupka), Warszawa 2009
80. Waltoś S., Kilka słów o polskim modelu postępowania przygotowawczego, (w:) Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy, (red. J. Skorupka), Warszawa 2009
81. Winiarz J., Odpowiedzialność cywilna z tytułu nadzoru nad dzieckiem, Warszawa 1973
82. Вельяминов Г.М. О понятии нормы международного права // Советский ежегодник международного права. 1971. Москва 1973
83. Витрянский В.В. Вопросы реформирования общих законоположений об обязательствах // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике. Москва 2011
84. Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. М.: Издательский дом «Территория будущего», 2005
85. Wiliński P. (red.), Prawo wobec wyzwań współczesności. T 1, Poznań 2008
86. Wołodkiewicz W., Europa i prawo rzymskie. Szkice z historii europejskiej kultury prawnej, Warszawa 2009
87. Wójcik S., Problem pojęcia „własność prywatna” w III Rzeczypospolitej, Rejent 1991, Nr 7-8

Opracowała Justyna Matys

