

РАЗДЕЛ III СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ ОТДЕЛЬНЫХ ИНСТИТУТОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

ФУНКЦИИ И ВИДЫ ТОВАРНЫХ ЗНАКОВ

Белушко Татьяна Викторовна, кандидат юридических наук, доцент кафедры частного права, ведущий научный сотрудник центра частноправовых исследований НИИ ТиСО Международного университета «МИТСО»

Аннотация: в статье рассматриваются функции и виды товарных знаков как объектов права промышленной собственности. Усовершенствование положений охраны данных обозначений приведет к повышению стремления иностранных инвесторов регистрировать свои товарные знаки в Республике Беларусь, а также к укреплению положения нашей республики на международной арене.

The summary: in article functions and kinds of trademarks as objects of the right of the industrial property are considered. Improvement of positions of protection of the given designations will lead to increase of aspiration of foreign investors to register the trade marks in Byelorussia, and also to strengthening of position of our republic on international scene.

Поступила 08.09.2012 г.

Переход экономики Республики Беларусь к рыночной модели развития привел к появлению широкого спектра товаров и услуг, что, в свою очередь, обусловило необходимость развития системы правовой охраны обозначений, способствующих индивидуализации продукции участников гражданского оборота. В число таких обозначений входят товарный знак и знак обслуживания. В связи с различием товарного знака и знака обслуживания только предметом индивидуализации (товары – для товарного знака, услуги – для знака обслуживания) для упрощения понимания изложенного материала термин «товарный знак» будет распространяться в полном объеме и на знаки обслуживания.

Анализ функций и видов товарных знаков оправдывается завоеванием рассматриваемыми объектами промышленной собственности высокой стоимости и широкой популярности в их использовании при производстве и реализации товаров, а также при оказании услуг. Стоимость товарного знака, принадлежащего преуспевающей на рынке компании с высокой репутацией, может достигать 30–40 % ее основного капитала.

Нелишне отметить и то, что товарный знак, выполняя различные функции, указывает на производимую его владельцем продукцию, что, с одной стороны, заставляет производителя повышать качество товаров и свой рейтинг на рынке, с другой – гарантирует потребителю качество

приобретаемой им продукции.

Согласно ст. 1017 ГК, товарным знаком и знаком обслуживания признается обозначение, способствующее отличию товаров или услуг одного лица от однородных товаров или услуг других лиц. Аналогичное определение содержит ст. 1 Закона Республики Беларусь «О товарных знаках и знаках обслуживания» от 5 февраля 1993 г. в редакции Закона Республики Беларусь от 27 октября 2000 г. В отношении данного объекта существует ряд особенностей, отличающих его от других объектов интеллектуальной собственности, охрана которых в соответствии со ст. 51 Конституции Республики Беларусь 1994 г. с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканском референдуме 24 ноября 1996 г., представляет собой конституционную обязанность государства.

В основу законодательства, которое регулирует отношения, связанные с товарным знаком, положены экономические признаки организации общества, а сущность права на индивидуализирующее обозначение состоит в возможности его неограниченного использования для обозначения производимых и реализуемых товаров¹. Поэтому определение функций данного объекта промышленной собственности при рыночных отношениях имеет существенное значение.

В литературе функции товарного знака определены неоднозначно, а их содержание не отражает все назначение такого обозначения. Так, С.В. Александрович, А.А. Шестимиров выделяют индивидуализирующую, рекламную и гарантийную функции данного объекта промышленной собственности², С.В. Гринкевич – идентифицирующую, рекламную, гарантийную функции товарного знака³. Другие авторы рассматривают часть обозначенных выше функций: различительную и рекламную (А.Л. Василевский, Е.В. Зинкевич, В.Н. Парашенко, Э.С. Савин-Лазарева)⁴ или рекламную и гарантийную (Е.А. Богатых)⁵. В правильности последней дифференциации имеются некоторые сомнения. Во-первых, реализация гарантийной функции через основную функцию данного объекта промышленной собственности – индивидуализирующую – представляется не совсем корректной; во-вторых, товарный знак является именно средством индивидуализации товара, а не его производителя, касательно же индивидуализации участников гражданского оборота можно судить только

¹ Гражданское право: Учеб.: В 3 т. / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. – М.: Проспект, 1999. – Т. 3. – 624 с.

² Шестимиров А.А. Товарные знаки: Учеб. пособ. – М.: ВНИИПИ, 1995. – 293 с.

³ Гринкевич С.В. Как зарегистрировать и грамотно использовать товарный знак // *De Jure*. – 2000. – № 22. – 15–21 июня. – С. 8–10.

⁴ Василевский А.Л., Савин-Лазарева Э.С. Товарные знаки и проблемы их поиска. – М.: ЦНИИПИ, 1970. – 77 с.

⁵ Богатых Е.А. Гражданское и торговое право: Учеб. пособ. – М.: Контракт, 2000. – 352 с.

косвенно. Также выделяют различительную, идентифицирующую и коммуникативную функции рассматриваемого обозначения¹. В социалистическом обществе большое значение придавалось товарным знакам как символу качества. Поэтому в первую очередь среди функций рассматриваемого средства индивидуализации называлась гарантийная, а уже затем – индивидуализирующая, рекламная и охранительная². Л.Д. Нефедова же выделяет следующие функции товарного знака: отличительную, рекламную, гарантийную, индивидуализирующую, охранительную, стимулирующую, регулятивную, культурно-просветительную³.

Анализ приведенных выше функций товарного знака допускает определить их состав следующим образом: индивидуализирующая (различительная), рекламная (коммуникативная) и идентифицирующая (гарантийная). Содержание данной классификации наиболее полным образом раскрывает значение товарных знаков в условиях возникновения в стране рыночных отношений. Когда вопросы маркетинга приобретают большее значение в экономике, слабое владение таким инструментом, как товарный знак, может нанести непоправимый ущерб даже хорошо налаженному производству. В то же время правильное пользование данным объектом промышленной собственности в условиях рынка может дать его владельцу преимущества перед конкурентами. Правовая охрана товарного знака обеспечивает защиту общественности от беспорядка, а владельца обозначения – от потери рынка⁴.

Индивидуализирующая функция помогает выделить товар из массы остальных аналогичных товаров. Индивидуализирующий эффект товарного знака во многом зависит от его запоминаемости, которая обусловлена лаконичностью, простотой, воспроизводимостью и уникальностью⁵. С помощью различительной способности товарного знака товар становится узнаваемым для конечного потребителя.

Наиважнейшим средством продвижения товара на рынке выступает его реклама, а товарный знак является, по мнению Р.С. Восканяна, «вершиной, или пиком огромной пирамиды рекламы»⁶. Реклама товаров без

¹ Olfaktorische, gustatorische und haptische Marken. Marken-Orchideen als innovative Wirtschaftsgüter // WRP. – 1999. – Vol.45, № 6. – P. 575–579.

² Адуев А.Н., Белогорская Е.М. Товарный знак и его правовое значение. – М.: Юридическая литература, 1972. – 70 с.

³ Нефедова Л.Д. Товарные знаки и их роль в управлении качеством продукции. – М.: ВНИИПИ, 1982. – 60 с.

⁴ Arthur R.Miller, Michael H.Davis. Intellectual Property: Patents, Trademarks and Copyright. – St.Paul, Minn. West Publishing Co., 1990. – 437 p.

⁵ Товарные знаки. Историография. Построение. Использование. Регистрация / Автор-составитель Ю.Сокольников. – М.: Тигра, 2000. – 179с.

⁶ Восканян Р.С. Экономическое, правовое и функциональное значение товарных знаков в условиях действия нового хозяйственного механизма // Конспекты лекций цикла «Переход

использования товарных знаков анонимна для широкого круга потребителей¹. Кроме того, данный объект промышленной собственности оказывает высокое эмоциональное и психологическое воздействие, исполняя роль средства коммуникации между участниками рынка, поскольку производитель товара при его помощи передает определенные сведения, а потребитель их воспринимает. Товарный знак может служить для потребителя и антирекламой, если производитель представит на рынке продукция плохого качества или само обозначение будет иметь не рекламный вид. Не случайно уже сейчас в рекламном деле 75 % объявлений в газетах и журналах носит эмоциональный характер, и только 25 % обращено к «разуму» читателя². Машкин Б.Н. сравнивает нанесенный на продукцию товарный знак с «безмолвным продавцом»³. Он позволяет покупателю разрешить поставленную перед ним проблему: нужно ли покупать данный товар для себя, будет ли данная продукция хорошим подарком для кого-либо и т.д. Реклама включает в себя целый комплекс средств и приемов, направленных на достижение конечной цели – продажи товаров и предоставлении услуг конечному потребителю.

Ариевич Е.А., С.И. Волков, Р.С. Восканян, Э.П. Гаврилов, Г.С. Покишишевская, В.М. Романов, называя качества, которыми, по их мнению, должны обладать эффективные в рекламном отношении товарные знаки, формулируют признаки рекламоспособности: новизна идеи, ассоциативность, лаконичность, связь с местом происхождения, эстетичность, цвет, удобопроизносимость, приспособляемость⁴. Ариевич Е.А. предлагает, что по содержанию данное обозначение должно определенным способом либо воссоздать образ товара, либо намекать на некоторые его свойства (например, «Минутка» – для кастрюль-сковорок)⁵.

Нередко разрабатываются товарные знаки на основе аббревиатур названий предприятий: «Декур» – Курский завод деревообработки, «Черуд» – Челябинское рудоуправление. Однако привязка данного объекта промышленной собственности к наименованию предприятия, хотя и считается удачной с точки зрения указания на место происхождения

на патентную форму охраны изобретений»: Сб. / ВНИИПИ. – М.: ВНИИПИ, 1991. – С. 1–10.

¹ Ариевич Е.А. Рекламная функция товарного знака // Вопросы изобретательства. – 1981. – № 7. – С. 40–43.

² Жохов В.П. Практика разработки и использования товарных знаков // Вопросы изобретательства. – 1984. – № 7. – С. 37–41.

³ Машкин Б.И. Справочник для предпринимателей по изобретательству и рационализации. – М.: ИНИЦ Роспатента, 2000. – 187 с.

⁴ Волков С.И., Восканян Р.С. Товарные знаки в условиях рыночной экономики. – М.: Путь, 1991. – 116 с.

⁵ Ариевич Е.А. Рекламная функция товарного знака // Вопросы изобретательства. – 1981. – № 7. – С. 40–43.

товара, тем не менее, может затруднить ситуацию при передаче права либо продажи лицензии на товарный знак.

Все, что относится к размещению товарного знака, должно быть тщательно продумано: от места расположения знака на изделии или упаковке до технологических приемов его нанесения, от чего зависит сила воздействия обозначения на потенциального потребителя¹. Место расположения данного объекта промышленной собственности на товаре должно быть определено стандартами и техническими условиями на изделия, что в настоящее время еще не разработано, поэтому разработчик вынужден решать этот вопрос самостоятельно. Однако имеется опыт разработки стандарта предприятия на товарный знак. В первом разделе дается словесная характеристика, изображение, размеры и способы нанесения товарного знака, во втором – все технические требования обозначения и поверхности нанесения, в третьем – требования по месту расположения данного объекта промышленной собственности на изделии².

С рекламной функцией связана идентифицирующая, реализация которой происходит при отождествлении товара с тем или иным производителем. Увидев знакомый товарный знак, потребитель уверен, что это обозначение гарантирует ему (потребителю) заведомо высокое качество товара³.

Все рассмотренные выше функции товарного знака выполняются обозначением одновременно и постоянно, поскольку представляют собой систему. Так, выбирая определенный товар (индивидуализирующая функция товарного знака), потребитель отождествляет его с тем или иным производителем (идентифицирующая функция товарного знака). А рекламная функция товарного знака позволяет лучше ориентироваться в таком выборе и оценке их качества с учетом репутации производителя.

Действующее законодательство допускает к регистрации в качестве товарных знаков разнообразные обозначения, которые различаются между собой по кругу пользователей, степени известности, спектру различительной силы, престижности, форме выражения. В зависимости от числа субъектов, имеющих право на использование данного объекта промышленной собственности, следует различать индивидуальные и коллективные товарные знаки. Индивидуальное обозначение регистрируется на имя юридического или физического лица. Коллективный знак предназначен для идентификации обладающих едиными качественными или иными общими характеристиками товаров, которые выпускаются и (или) реали-

¹ Зинкевич Е.В. Визитная карточка предприятия // Интеллектуальная собственность в Беларуси. – 1999. – № 3. – С. 24–29.

² Казаков В.П. Стандарт предприятия на товарный знак // Вопросы изобретательства. – 1976. – № 6. – С. 56.

³ Шестимиров А.А. Товарные знаки: Учеб. пособ. – М.: ВНИИПИ, 1995. – 293 с.

зуются юридическими лицами объединений, создаваемых, например, в форме ассоциаций или союзов, что предусмотрено ст. 121 ГК.

По степени известности выделяют общеизвестные и обычные обозначения. В качестве обычных товарных знаков выступают любые обозначения, обладающие охраноспособностью и зарегистрированные в установленном порядке. Вопрос о том, необходимо ли официальное признание товарного знака общеизвестным, достаточно спорен. Возможны два подхода к его решению. В соответствии с первым владелец обозначения при нарушении его права должен доказать охраноспособность товарного знака ввиду его общеизвестности патентному ведомству или суду при возникновении конкретного спора. Данного подхода придерживаются во Франции. Решение выносится только после судебного разбирательства, где рассматривается, насколько сходны обозначения спорящих сторон и однородны товары¹. Согласно второму подходу общеизвестность данного объекта промышленной собственности должна подтверждаться компетентным государственным органом, причем такое подтверждение имеет правоустанавливающую силу². Наша республика придерживается второго подхода. Закон Республики Беларусь «О товарных знаках и знаках обслуживания» от 5 февраля 1993 г. в редакции Закона Республики Беларусь от 27 октября 2000 г. предусматривает, что товарный знак может быть признан общеизвестным в Республике Беларусь и зарегистрирован, если это обозначение в результате интенсивного использования заявителем стало на указанную в заявлении дату широко известно в Республике Беларусь среди соответствующих потребителей в отношении товаров заявителя. Порядок признания товарного знака общеизвестным содержится в Правилах признания товарного знака общеизвестным в Республике Беларусь, утвержденных Постановлением Государственного патентного комитета Республики Беларусь от 9 августа 2001 г. № 2. Признание товарного знака общеизвестным осуществляется Апелляционным советом на основании поданного заявления лицом, считающим свой товарный знак общеизвестным. В некоторых странах признаются общеизвестными товарные знаки как для однородных товаров, так и для неоднородных. Последние получили название знаменитые (мировые, всемирно известные). По своей сути именно такими и являются товарные знаки, признанные общеизвестными в Республике Беларусь. Так, во Франции просто общеизвестными были признаны: «Sony» – для видеотехники, «Coca-Cola» – для напит-

¹ Мельников В.М. Товарные знаки за рубежом на финише XX века: практика. – М.: ИНИЦ Роспатента, 2001. – 214 с.

² Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учеб. – М.: Проспект, 1999. – 752 с.

ков, «Wrangler» – для джинсов, а знаменитыми – «Chanel», «Kodak», «Rolls-Royce». В Бразилии знакам «Kodak», «Coca-Cola», «Pepsi-Cola», «General Electric», «Fiat», «Xerox», «Shell», «Goodyear» предоставлен статус знаменитых в отличие от «Bacardi», «Playboy», «Hermes», «Dunlop», «Souibb» и даже «Rolls-Royce»¹. Таким образом, анализ приведенных знаков позволяет сделать вывод, что в одних странах тому или иному знаку предоставляется статус только общеизвестного обозначения, в других же этот знак может охраняться как знаменитый, что влечет для него различные правовые последствия. В Финляндии районный суд удовлетворил иск фирмы Pauling Oy – владельца зарегистрированного товарного знака «Presidentti» (президент) в отношении кофе против ответчика Mr Mauri Vaavoja, который продавал кофе под знаком «Presidents Sekoitus» (марка президента)². В Швейцарии в связи с иском фирмы McDonald's коммерческий суд Цюриха запретил компании Toni использовать в рекламе йогурта знак «Mac Toni». Суд расценил действия ответчика как недобросовестные, направленные на эксплуатацию престижной репутации фирмы McDonald's.³ А вот в Испании суд первой инстанции не удовлетворил иск владельца общеизвестного знака «Nike» для спортивной одежды к частному лицу, маркирующему аналогичные товары знаком «Nikke», исполненным тем же шрифтом, что и знак «Nike», в связи с отсутствием возможности введения потребителей в заблуждение. Суд Мадрида пересмотрел это решение в пользу истца, приговорив виновного к тюремному заключению и уплате штрафа в размере нескольких миллионов песет. Последние приведенные дела подтверждают, что общеизвестность товарного знака может запретить использовать не только тождественное ему обозначение, но и схожее с ним. В Китае в последнее время на основании протестов владельцев товарных знаков «Valentino», «Yves Saint Laurent», «Rolex», «Kodak» и ряда других аннулированы регистрации на имя национальных фирм тождественных знаков для маркировки товаров, неоднородных товарам, в отношении которых были зарегистрированы общеизвестные знаки. В Израиле был удовлетворен иск французской компании Chanel к фирме, производившей без разрешения истца дамские сумки, маркированные знаком «Chanel»⁴. Интересен процесс, происходивший в Канаде, в ходе

¹ Мельников В.М. Товарные знаки за рубежом на финише XX века: практика. – М.: ИНИЦ Роспатента, 2001. – 214 с.

² Мельников В.М. Товарные знаки за рубежом: практика ведомств и судов. – М.: ИНИЦ Роспатента, 2000. – 208 с.

³ Мельников В.М. Товарные знаки за рубежом на финише XX века: практика. – М.: ИНИЦ Роспатента, 2001. – 214 с.

⁴ Мельников В.М. Товарные знаки за рубежом: практика ведомств и судов. – М.: ИНИЦ Роспатента, 2000. – 208 с.

которого истец представил столь весомые доказательства известности своего знака Bally, что была оставлена в силе регистрация оспариваемого обозначения Wally. По мнению суда, вследствие высокой степени известности первого знака потребители не могут быть введены в заблуждение его сходством со вторым. Следовательно, известность знака может обернуться против его владельца. Упаковки товаров также могут регистрироваться в качестве товарных знаков и им может быть придан статус общеизвестных. Так, в Таиланде национальная фирма начала выпускать зубную пасту, маркированную знаком «Coldang» в упаковке, похожей по цветовой гамме на упаковку фирмы «Colgate-Palmolive», владельца зарегистрированного знака «Colgate». По решению суда в качестве компенсации нанесенного ущерба нарушитель должен был выплатить истцу 770 долларов. В США фирма, начавшая первой использовать какой-либо знак, имеет право даже в случае отсутствия его регистрации подавать иски против нарушителей своих прав, которые пришли на рынок позже, не только в тех штатах, где она использует знак, но и в тех, где намечено использование¹.

Существует также дифференциация товарных знаков на категории вдоль спектра различительной силы индивидуализирующего обозначения: причудливые, произвольные, описывающие товарные знаки. Обозначения первого вида не наводят на мысль о товаре, т.е. никоим образом не ассоциируются с ним и не существуют вообще, например, «Kodak», «exxon». Интересна история создания товарного знака «Kodak». Буква «К», любимая буква Джорджа Истмана – основателя американской компании по производству фотоматериалов – казалась ему сильной и впечатляющей. Из множества слов, начинающихся с этой буквы и кончающихся на нее, интуиция подсказала ему остановить свой выбор на слове «Kodak».² Еще более захватывающее содержание скрыто в товарных знаках NBI и Tolfan: первый расшифровывается как Nothing But Initials (только заглавные буквы), а второй – как Tired Of Looking For A Name (устал от поисков названия)³. Произвольные товарные знаки – это существующие слова, имеющие значение, которое, однако, не описывает и не наводит на мысль о товаре, например, «Mushrooms» (грибы) для туфель. Название третьей группы обозначений говорит само за себя, поскольку эти средства индивидуализации ассоциируются с качеством

¹ Мельников В.М. Товарные знаки за рубежом: практика ведомств и судов. – М.: ИНИЦ Роспатента, 2000. – 208 с.

² Мельников В.М. Товарные знаки за рубежом на финише XX века: практика. – М.: ИНИЦ Роспатента, 2001. – 214 с.

³ Чармэссон Г. Торговая марка: как создать имя, которое принесет миллионы. – С-Пб: Питер, 1999. – 224 с.

или другой характеристикой товара, например, «Super fresh» (суперсвежий) для супермаркета. Слова, только описывающие товары или услуги, не охраняются как товарные знаки. Однако, приобретая различительную силу, они начинают охраняться, например, «Park fly» для парковочных услуг в аэропорту¹. Не были признаны охраноспособными, как не обладающие различительной силой, т.е. являющиеся обыденными, обозначения «perfection» (совершенство), «excellent» (превосходный), «supreme» (высший), заявленные для бритв в Великобритании; «populaire» (популярный) для сигарет, «rational» (рациональный) для кормов в Швейцарии. Охраноспособность обозначений, носящих описательный характер, определяется ответом на вопрос: описывает ли заявляемое обозначение характеристики тех товаров, для маркировки которых оно предназначается. Добавление к описательному слову других слов, обладающих различительной способностью, может превратить полученное сочетание в охраноспособное. Например, «cola» – название тропического дерева, плоды которого обладают возбуждающим эффектом, является описательным по отношению к тонизирующим безалкогольным напиткам, но не будут описательными – «Coca-Cola», «Pepsi-Cola»². Решением Судебной коллегии по патентным делам Верховного Суда Республики Беларусь от 7 сентября 2001 г. было признано, что одним из значений слова «прима» является «высший сорт», т.е. данное слово является описательным.

Товарные знаки, предназначенные для идентификации товаров или услуг, делятся на обыкновенные и престижные. Первые разрабатываются их владельцем или по его поручению и регистрируются в установленном порядке. Вторые присваиваются фирмам за их особые заслуги перед государством. Например, можно использовать изображения призов, медалей и других знаков отличия, полученные фирмами на международных, региональных и национальных выставках³. Хотя последние не обладают полностью необходимыми характерными чертами, которые должны быть у обозначения для признания его товарным знаком.

Много вопросов возникает в дифференциации данных объектов промышленной собственности в зависимости от формы выражения, где выделяют словесные, изобразительные, объемные, звуковые, световые, обонятельные, комбинированные и иные обозначения.

В настоящее время Закон Республики Беларусь «О товарных знаках

¹ Sheldon H.Klein. Introduction to Trademarks // Understanding basic trademark law. Co-Chairs Lynn S.Fruchter, Anne Haring, Robert M.Hewburg. – New York: Practising Law Institute, 1997. – P. 10–29.

² Мельников В.М. Товарные знаки за рубежом: практика ведомств и судов. – М.: ИНИЦ Роспатента, 2000. – 208 с.

³ Карташова Л.В., Николаева М.А., Положишникова М.А. Средства информации о товарах: Товар, справ. – М.: Экономика, 1997. – 175 с.

и знаках обслуживания» от 5 февраля 1993 г. в редакции Закона Республики Беларусь от 27 октября 2000 г. определяет виды товарных знаков, регистрируемых в зависимости от формы выражения, как словесные обозначения, включая имена собственные, сочетания цветов, буквенные, цифровые, изобразительные, объемные обозначения, включая форму товара или его упаковку, а также комбинации таких обозначений. Данный перечень носит исчерпывающий характер, однако Закон Республики Беларусь «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь «О товарных знаках и знаках обслуживания» от 15 июля 2009 г. предусмотрел возможность регистрации в качестве товарных знаков иных обозначений в случаях, предусмотренных законодательными актами, к которым относятся Конституция Республики Беларусь, законы Республики Беларусь, декреты и указы Президента Республики Беларусь.

Хотя законодательные акты в настоящее время не содержат каких-либо положений относительно регистрации в качестве товарных знаков иных от представленных выше обозначений, можно судить о положительной тенденции в законодательстве относительно возможности введения в гражданский оборот индивидуализирующих товары и услуги обозначений, регистрируемых в иной, отличной от графической форме. Так, например, позывные сигналы радиостанции представляется допустимым зарегистрировать в звуковом виде, специфический запах товара – как обонятельное обозначение, определенные световые эффекты дискотеки – как световое обозначение. Однако в литературе существует и противоположная точка зрения, которой придерживаются Е.В. Зинкевич и Р.В. Козорезова¹. Отметим, что призывали к возможности регистрации звуковых, световых и иных обозначений В.Н. Парашенко, С.А. Селивановский, И.П. Янушкевич и до принятия новой редакции Закона «О товарных знаках и знаках обслуживания» от 5 февраля 1993 г.², хотя Р.В. Козорезовой и С.В. Яхновцом они ограничивались изобразительными, словесными, буквенными и комбинированными³.

Отметим, что в Законе о товарных знаках перечень возможных видов товарных знаков был неисчерпывающим, поскольку в нем содержалось сочетание «и другие обозначения». Аналогичная ситуация предусматривалась ранее и в Законе Республики Беларусь «О товарных зна-

¹ Козорезова Р.В. Товарный знак – символ времени // Главный бухгалтер. – 2001. – № 34. – С. 76–79.

² Янушкевич И.П. Юридическая основа и практика применения товарного знака, знака обслуживания и фирменного наименования. – М.: ИНИЦ Роспатента, 1999. – 64 с.

³ Козорезова Р.В., Яхновец С.В. Интеллектуальная собственность как объект правоотношений (по Гражданскому кодексу Республики Беларусь) // Судовы веснік. – 2000. – № 1. – С. 35–39.

ках и знаках обслуживания» от 5 февраля 1993 г. в редакции Закона Республики Беларусь от 27 октября 2000 г., поскольку в п. 2 ст. 1 этого нормативного акта содержалась фраза «в частности», позволяющая сделать такой вывод.

Попытка регистрации товарного знака в звуковой форме в виде вызывных сигналов радиостанции была осуществлена и в Республике Беларусь подачей заявки в 2000 г., но она не увенчалась успехом. В 2002 г. данная заявка не была принята к рассмотрению, поскольку Национальный центр интеллектуальной собственности счел невозможным существование в нашей республике звуковых обозначений. Представляется, что данное решение не имеет правового обоснования, поскольку, как отмечалось выше, законодательство Республики Беларусь позволяло регистрировать в нашей стране товарные знаки в различных нетрадиционных формах, а, следовательно, могло быть зарегистрировано и звуковое обозначение.

Законом Республики Беларусь «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь «О товарных знаках (знаках обслуживания)» от 5 января 2004 г. слова «в частности» были исключены. Таким образом, на законодательном уровне было закреплено положение, не допускающее регистрацию в нашей стране товарных знаков, выраженных в нетрадиционных формах.

Правовая охрана товарных знаков, зарегистрированных в форме упаковки товара, в зарубежных странах имеет некоторые особенности. Так, знаки, представляющие форму тары, в Китае, Австралии и Японии не регистрируются. Во Франции таким знакам предоставляется правовая охрана, но при условии, что существует различимость форм, которые не должны соответствовать сущности товаров, т.е. не допускается регистрация формы с целью идентификации самой бутылки, а может быть только в отношении ее содержимого.

В Бразилии не регистрируются формы тары и упаковки, которым может быть предоставлена охрана в качестве промышленного образца или полезной модели.

В Аргентине предоставляется правовая охрана таким знакам, если они обладают различительной способностью. Охраняются такие знаки и в Мексике при условии их новизны, достаточной различимости, обладания определенным уровнем оригинальности, и если они не являются общепринятыми.

В Канаде регистрируются формы тары и упаковки в качестве товарного знака, если в результате использования до даты подачи заявки обозначение приобретает различительную способность, и использование формы не препятствует охране каких-либо других объектов промышлен-

ленной собственности¹.

Интересен факт, что для охраны упаковки товара от незаконного использования не всегда требуется ее регистрация в качестве товарного знака. Так, в Польше правовая охрана предоставляется не только зарегистрированным товарным знакам, но и незарегистрированным упаковкам товаров при условии их многолетнего использования. В этой стране дизайн одной из поддельных упаковок был максимально приближен к упаковке сигарет «Golden America». Упаковки различались только цветом фона: подлинная – кремовый, поддельная – белый; кроме того, на поддельной упаковке были размещены слова «America Coast». Покупатели, приобретая сигареты последней марки, были убеждены в том, что они купили один из вариантов сигарет «Golden America», а именно, белые. В результате продолжавшихся пять месяцев переговоров с ответчиком по мировому разрешению спора фирма Rothmans, владелец товарного знака «Golden America», добилась:

- компенсации понесенных убытков вследствие снижения объема продаж сигарет «Golden America», вызванного наличием на рынке сигарет «America Coast»;

- уничтожения всех арестованных сигарет;
- обещания со стороны ответчиков не нарушать в дальнейшем права на товарный знак «Golden America» и на упаковку, содержащую этот знак².

Обозначенное положение польского законодательства порождает проблему определения срока использования упаковки для возможности ее правовой охраны. Следовательно, такое положение нерационально для внедрения в законодательство Республики Беларусь.

Примерами зарегистрированных товарных знаков, состоящих из букв, цифр и их комбинаций, являются IBM, CNN, DHL, BBC, 4711. В Германии, Австрии, Бельгии, в скандинавских странах они регистрировались до недавнего времени только в тех случаях, когда были выполнены в оригинальной форме, придающей знаку отличительные признаки. Наиболее либерального подхода придерживаются законодатели США, Канады, Франции, Италии.

Различия в национальных законах о товарных знаках препятствуют расширению деятельности фирм, которым принадлежат зарегистрированные в своих странах обозначенные товарные знаки, на территории других стран, в которых законодатели отвергают возможность предостав-

¹ Мельников В.М. Товарные знаки за рубежом на финише XX века: практика. – М.: ИНИЦ Роспатента, 2001. – 214 с.

² Cigarette Brands and the Political Climate in Germany by Paul Tauchner // *Trademark World*. – 1995. – June/July. – P. 45–52.

ления им правовой охраны¹.

Дискуссионным является вопрос: могут ли быть зарегистрированы товарные знаки, состоящие из одной или двух букв? Практикой ведомства Великобритании установлено, что обозначения, состоящие из двух букв, являются изначально неохраноспособными как не обладающие различительной способностью. Но таковую различительную способность данные обозначения могут все же приобрести в результате широкого применения². Однако в соответствии с руководством, разработанным ведомством ЕС, знаки, состоящие из одной или двух букв или цифр, не признаются обладающими различительной способностью, в отличие от комбинации из трех и более букв и цифр. Шестимиров А.А. придерживается точки зрения, что простые изображения букв, цифр, сочетаний букв, не обладающих словесным характером или неудобопроизносимых, не могут быть зарегистрированы в качестве товарного знака ввиду отсутствия у них различительной способности, поскольку потребители могут их рассматривать как простое указание на сорт, тип, серию и другие технические характеристики изделия (СКД.К, 707, Б-12)³. Практика Республики Беларусь свидетельствует о положительном опыте регистрации комбинированных товарных знаков, содержащих в частности, букву или сочетание букв, что позволяет избегать введения потенциального потребителя в заблуждение относительно функционального назначения данных букв. В зарубежных странах существуют источники, в которых содержатся комбинированные товарные знаки, содержащие одну букву⁴.

Наиболее распространенными нетрадиционными товарными знаками, регистрируемыми в зарубежных странах, являются звуковые, цветочные и обонятельные⁵. Вначале необходимо выявить наиболее характерные признаки рассматриваемых обозначений. На основании ст. 100 a the Treaty establishing The European Economic Community (Договор об учреждении Европейского экономического сообщества) законодателями стран, входящих в этот союз, разработана Директива № 89/104 по гармонизации национальных законов по товарным знакам в странах Европейского Союза⁶. Данная директива исходит из назначения данного

¹ Мельников В.М. Товарные знаки за рубежом: практика ведомств и судов. – М.: ИНИЦ Роспатента, 2000. – 208 с.

² Там же.

³ Шестимиров А.А. Экспертиза заявки на товарный знак. – М.: ВНИИПИ, 1996. – 104 с.

⁴ Kuwayama J. Zeichen, Marken und Signets: 3 000 internationale Beispiele. – Munchen: Verl. Georg D.W. Callwey, 1977. – 254 p.

⁵ Zendel D., Prah D.S. Making sense of trademarks. An international survey of non-visual marks // Trademark World. – 1996. – № 89. – P. 21–25.

⁶ Мельников В.М. Товарные знаки за рубежом на финише XX века: практика. – М.:

объекта промышленной собственности для индивидуализации товаров и услуг, определяя в ст. 2, что в качестве товарного знака может быть зарегистрировано любое обозначение, способное выполнять функцию индивидуализации продукции одних производителей от продукции других при условии его представления в графической форме. Однако в некоторых странах отсутствуют такие охраняемые обозначения из-за невозможности их графического представления (например, в Германии данное положение касается звуковых и цветовых товарных знаков)¹. Обозначенный вопрос является скорее не правовым, а техническим, но в зарубежной литературе содержатся предложения о необходимости некоторой переработки применительно к сенсорным знакам отдельных положений Директивы № 89/104 по гармонизации национальных законов по товарным знакам в странах Европейского Союза².

Во исполнение обозначенной выше директивы на национальном уровне принимались нормативные акты. Так, в 1994 г. в Великобритании был принят закон, который содержит более совершенные предписания, чем действующий ранее Закон Великобритании «О товарных знаках» (The Trade Marks Act) 1938 г. В соответствии со ст. 1 Закона Великобритании «О товарных знаках» (The Trade Marks Act) 1994 г. товарный знак характеризуется аналогично положению, содержащемуся в Директиве № 89/104 по гармонизации национальных законов по товарным знакам в странах Европейского Союза, как любое обозначение, представленное в графической форме, которое способствует отличию товаров или услуг одних предприятий от аналогов других. Товарный знак может, в частности, состоять из словесных (включая личные имена), изобразительных, буквенных, цифровых или объемных (форма товара или упаковки) обозначений. Именно приведенный перечень и охватывается понятием «представлять в графической форме». Однако сочетание «в частности» позволяет допустить возможность охраны обозначения и в иной форме: звуковой, обонятельной и т.д., которая выходит за рамки данного понятия. Поэтому определения товарного знака, содержащиеся в Директиве № 89/104 по гармонизации национальных законов по товарным знакам в странах Европейского Союза и в Законе Великобритании «О товарных знаках» (The Trade Marks Act) 1994 г., требуют некоторой доработки, т.е. нужно убрать в дефинициях товарного знака либо сочетание «представленное в графической форме», допус-

ИНИЦ Роспатента, 2001. – 214 с.

¹ Zendel D., Prahл D.S. Making sense of trademarks. An international survey of non-visual marks // Trademark World. – 1996. – № 89. – P. 21–25.

² Olfaktorische, gustatorische und haptische Marken. Marken-Orchideen als innovative Wirtschaftsgüter // WRP. – 1999. – Vol. 45, № 6. – P. 575–579.

тив, таким образом, к регистрации товарные знаки нетрадиционной формы, либо сочетание «в частности», ограничив охрану лишь графическими обозначениями.

Закон Республики Беларусь «О товарных знаках и знаках обслуживания» от 5 февраля 1993 г. в редакции Закона Республики Беларусь от 27 октября 2000 г. предусматривает основания для отказа в регистрации товарных знаков. В частности, обозначения, тождественные или сходные до степени смешения с уже зарегистрированными товарными знаками, не могут быть представлены на рынке товаров и услуг. Для поиска тождественных и сходных до степени смешения товарных знаков требуется создание условий, обеспечивающих сохранность образцов заявляемых обозначений, что в настоящее время в Республике Беларусь не осуществлено. Однако данная проблема является чисто технической. А целесообразность увеличения количества видов товарных знаков в Республике Беларусь повлечет за собой увеличение товарооборота в стране и привлечение иностранного капитала посредством увеличения числа иностранных владельцев обозначений. Такое положение призывает к осуществлению анализа регистрации товарных знаков в нетрадиционных формах, что имеет место в зарубежных странах.

В США еще в 1950 г. были зарегистрированы три ноты «колокольного звона» в качестве позывных для радиовещания¹.

Отношение к охране на национальном уровне обозначений в звуковой форме в различных странах не одинаково. Например, в Великобритании допускается реализация этого правомочия при условии доказательства способности указывать на источник происхождения товаров, во Франции звуки, музыкальные мелодии определены как охраноспособные обозначения, в Германии – лишь в случае представления их в графической форме, в Бразилии, Мексике, Китае, Японии подобные знаки не охраняются, а в Южной Корее – подпадают под Закон о недобросовестной конкуренции².

Звуковые товарные знаки имеют применение на практике, как правило, в виде позывных радиостанций, радиопрограмм, мелодии какой-либо популярной и устоявшейся телепередачи, например, КВН и пр. Фирма «Харлей Дэвидсон», выпускающая известные мотоциклы, зарегистрировала в виде товарного знака специфический и только этой фирме присущий звук мотора мотоцикла³. Предлагается защищать от

¹ Sommers M.S. Extending the boundaries of trademark protection in the US // *Trademark World*. – 1993. – № 60. – P. 29–33.

² Zendei D., Prahel D.S. Making sense of trademarks. An international survey of non-visual marks // *Trademark World*. – 1996. – № 89. – P. 21–25.

³ Федько В.П. Товарный знак. – М: Приор: Эксперт, бюро, 1998. – 158 с.

незаконного присвоения также известные голоса. Решения судов по этому вопросу основываются на том, что голос, как и лицо, является отличительным и личным.

Для данной формы рассматриваемого объекта промышленной собственности возникает вопрос: в каком виде должен быть представлен товарный знак? Так, в виде нотной записи может быть зафиксирован не любой звук (рычание зверя, шумовой эффект). Такое представление лишает обозначения различительной способности, поскольку большинство потребителей воспринимает такую запись по-разному, в зависимости от типа инструментов, на которых исполняется мелодия. На основании последнего аргумента в Швеции было отказано в регистрации поданным в этой форме товарным знакам. На решение об отказе в регистрации в качестве такого обозначения мелодии, исполняемой после прибытия автолавки с мороженым на определенный перекресток для приглашения покупателей, была подана апелляция в патентный апелляционный суд. Данная инстанция определила критерии охраноспособности подобных обозначений. Нотная запись является представлением заявки при условии соблюдения принципа наличия различительной способности товарного знака, что в рассматриваемом примере было достигнуто в результате применения его на рынке продукции¹. Звуки достоверно могут быть представлены лишь посредством записи на носителях – дисках. Тогда возникает другая проблема – опубликование в Государственном реестре товарных знаков.

По сравнению со звуковой формой охрана обонятельных знаков более проблематична. Ни во Франции, ни в Германии не было подобных прецедентов, а в большинстве стран, таких, как Бразилия, Япония, Китай возможность их регистрации вообще не предусмотрена. Но не во всех странах вопрос решается так однозначно. В Австралии запах отнесен к охраноспособным обозначениям. В Мексике и Южной Корее обонятельные знаки регулируются законами о недобросовестной конкуренции, в Великобритании возможна их регистрация в случае выражения в графической форме².

Палата споров и апелляций по товарным знакам при Ведомстве по патентам и товарным знакам США вынесла решение в отношении производителя пахучей пряжи, которым была разрешена регистрация запаха на основании того, что заявленный запах является характеристикой, привнесенной заявителем в производимый им товар. Из этого решения следует,

¹ Peter Lee, Albibns Patenbyra. Sound marks are now registrable in Sweden // Trademark World. – 1998. – № 115 – P. 15.

² Zendel D., Pahl D.S. Making sense of trademarks. An international survey of non-visual marks // Trademark World. – 1996. – № 89. – P. 21–25.

что правовая охрана не может быть предоставлена запахам, неотделимым от товаров (духам, одеколону, средствам для чистки предметов домашнего хозяйства)¹. Следовательно, знак, представляющий собой какую-либо функционально необходимую часть товара, не может обладать охраноспособностью в связи с его зависимостью от маркируемого товара². Критерий самостоятельности знака рассматривается как неизбежное требование реализации идентифицирующего назначения данного объекта промышленной собственности, поскольку, например, при регистрации товарного знака в виде определенной формы товара, т.е. объемного обозначения, данный принцип также должен соблюдаться.

Соммерс М. отмечает, что регистрация запаха в качестве товарного знака может быть проведена лишь тогда, когда не требуется «тереть и нюхать» образец³. При регистрации этой формы обозначения возникает ряд проблем: возможность хранения образца, его публикация в Государственном реестре товарных знаков, правомочность отказа в регистрации неприятных запахов, а главное – возможность определения степени сходства, ведь применяемый в технике инфракрасный спектральный анализ не дает однозначного определения, а сравнение словесных описаний запахов имеет еще меньшее значение.

Цвета и их сочетания способны играть важную роль в отличии товаров одного производителя от товаров других производителей. До принятия во Франции Закона 1964 г. суды допускали охрану даже одного цвета. Так, была признана в качестве товарного знака красная полоска, расположенная горизонтально в верхней части этикетки для винных бутылок⁴. В настоящее время законодательство Франции разрешает регистрировать цветные знаки. Аналогичное право предусмотрено в Германии, но при условии представления его в графической форме. В Великобритании этот вопрос регулируется Законом о недобросовестной конкуренции, в Австралии такие знаки отнесены к охраноспособным. Законодательство Бразилии по охране промышленной собственности запрещает регистрацию только цвета, в Мексике возможна охрана цвета при наличии символа, обладающего различительной способностью, а в Южной Корее и Китае требуется его интенсивное использование⁵.

¹ Karlen P. Fragrance registration in the US // Trademark World. – 1991. – №34. – P. 18–21.

² Olfaktorische, gustatorische und haptische Marken. Marken-Orchideen als innovative Wirtschaftsgüter // WRP. – 1999. – Vol. 45, № 6. – P. 75–79.

³ Sommers M.S. Extending the boundaries of trademark protection in the US // Trademark World. – 1993. – № 60. – P. 29–33.

⁴ Мельников В.М. Товарные знаки за рубежом: практика ведомств и судов. – М.: ИНИЦ Патента, 2000. – 208 с.

⁵ Zendel D., Prahl D.S. Making sense of trademarks. An international survey of non-

В отношении зарубежных стран можно сделать вывод о том, что подаче заявки на регистрацию цветowych обозначений должно предшествовать их использование и реклама. То есть шансы на приобретение прав на них прямо пропорционально зависят от длительности рекламной деятельности компании.

В США в отношении цветowych знаков применяется доктрина функциональности. Так, судами приняты решения, запрещающие регистрацию черного цвета для ступенек и подвесных лодочных моторов. В первом случае функциональность была усмотрена в маскировке грязи, а во втором – в уменьшении габаритов мотора при его визуальном восприятии¹.

В соответствии с Директивой по гармонизации национальных законов о товарных знаках в странах Европейского Союза приняты новые законы, которые расширили определение товарного знака, в связи с чем некоторые фирмы проявили стремление приобрести правовую охрану на знаки, состоящие только из комбинации цветowych или одного цвета. В странах с низким уровнем грамотности населения цветowych знаки обладают по сравнению со словесными несомненными преимуществами².

В разработанном ВОИС пособии по вопросам законодательства и практики охраны товарных знаков определены две особенности цветowych знаков, заключающиеся в высокой степени их различительной способности и в возможности смешения некоторых из них с цветowymi обозначениями, применяемыми в государственных флагах³. Для регистрации цвета в качестве индивидуализирующего обозначения требуется приобретение им различительной способности.

Так, Верховный Суд США в результате рассмотрения спора между двумя фирмами, производящими прессы для сушки, убедился в том, что золотисто-зеленый цвет приобрел вследствие использования различительную способность, и поэтому признал его охраноспособным в отношении деталей сушильного прессы⁴.

В Италии суд признал недействительной регистрацию комбинации красного и голубого цветowych, которая наносилась на алюминиевую пробку молочных бутылок в связи с тем, что повсеместно в этой стране красными пробками помечаются бутылки с жирным молоком, а голубыми – с

visual marks // Trademark World. – 1996. – № 89. – P.21–25.

¹ Мельников В.М. Товарные знаки за рубежом на финише XX века: практика. – М.: ИНИЦ Роспатента, 2001. – 214 с.

² Мельников В.М. Товарные знаки за рубежом: практика ведомств и судов. – М.: ИНИЦ Роспатента, 2000. – 208 с.

³ A WIPO training manual. Introduction to trademark law and practice. The basic concepts. – Geneva, 1987. – 316 p.

⁴ Sommers M.S. Owing your own colour. Outlook a shade brighter in the light of the Supreme Court's Qualitex decision // Trademark World. – 1995. – Vol.72. – P. 18–20.

обезжиренным¹. В Германии предоставляется охрана цветам и цветовым сочетаниям в качестве товарных знаков при условии соблюдения общих требований регистрации данного объекта промышленной собственности, к числу которых относится различительная способность².

Основной проблемой, которая возникает при регистрации цвета как товарного знака, является исчерпываемость всех цветов спектра в случае возможности предоставления охраны только одному цвету³, поэтому регистрация сочетания цветов, что закреплено в ст. 1 Закона Республики Беларусь «О товарных знаках и знаках обслуживания» от 5 февраля 1993 г. в редакции Закона Республики Беларусь от 27 октября 2000 г., видится более целесообразной. Однако некоторые фирмы стран ЕС проявили стремление получить права не только на сочетание цветов, но даже на один цвет. Это нашло отражение на страницах выпускаемого ВОИС бюллетеня товарных знаков (*Le Margue Internationales*), где можно найти знаки, состоящие из комбинаций цветов или даже одного цвета.

Попытка регистрации товарного знака, представляющего собой прямоугольник зеленого цвета, итальянской фирмой в Республике Беларусь не увенчалась успехом. Судом было признано, что при решении вопроса о регистрации товарного знака не может быть предоставлено монопольное право на владение зеленым цветом, поскольку число основных цветов в палитре ограничено. Не были приняты судом во внимание доводы фирмы, что вследствие проведения рекламы, продажи одежды и обуви, маркированных зеленым прямоугольником, а также длительности использования с 1994 г. заявленное обозначение приобрело различительный характер, т.е. вторичное значение. Обозначение может приобрести различительный характер, которого оно было лишено, путем использования. Различительный характер заключается в способности обозначения идентифицировать маркируемый объект и позволять потребителю распознавать этот товарный знак или товар среди однородных товаров. Судом в ходе судебного разбирательства было установлено, что регион реализации ввозимых организацией маркируемых товаров ограничен одной торговой точкой – ее секцией в ОАО «ГУМ» в г. Минске.

Ассортимент продаваемых товаров включает лишь одежду, ежегодные объемы поставок незначительны, отсутствуют доказательства особой популярности поставляемой одежды, не представлено данных о

¹ Jacobacci G. Italian trademark law and practice and protection of product and packing design // *Trademark Reporter*. – 1984. – Vol. 74, № 5. – P. 430–432.

² Taubner P., Hrovat A. German Federal Supreme Court confirms registrability of trademarks for colours // *Trademark World*. – 1998. – № 117. – P. 8–10.

³ Sommers M.S. Extending the boundaries of trademark protection in the US // *Trademark World*. – 1993. – № 60. – P. 29–33.

расходуемых денежных средствах на рекламирование маркируемых зеленым прямоугольником товаров на территории Республики Беларусь с целью заинтересованности белорусского потребителя в приобретении товаров организации, что свидетельствует о том, что заявленное к охране обозначение не приобрело различительного характера путем использования. Решением Судебной коллегии по патентным делам Верховного Суда Республики Беларусь от 8 июня 2001 г. организации было отказано в удовлетворении жалобы.

Отношение к охране товарных знаков в иных нетрадиционных формах различно. Так, в США суд вынес решение, где выразил мнение, что мнемоника, которая представляет собой родовые слова, составленные из букв, находящихся на телефонных дисках, может охраняться как товарный знак. В какой-то степени элементы одежды не имеют функционального значения и поэтому могут подлежать охране в качестве товарного знака: униформа персонала ресторана, костюмы спортсменов и т.п. Суды уже давно выносят решения о правовой охране внутреннего оформления и других отличительных особенностей ресторанов. Согласно одному из них, сочетание визуальных элементов оформления ресторана создает отличительное и заслуживающее охраны зрительное восприятие.

Таким образом, как внешняя форма и вид здания, так и внутренний вид или оформление ресторана или другого помещения, предназначенного для оказания услуг, могут функционировать как товарный знак, если общий вид служит для идентификации источника услуг или товаров владельца.

Охраной в виде этого объекта промышленной собственности могут обеспечиваться как форма автомобиля, так и его отдельные элементы, например, решетка радиатора двигателя или украшение на капоте в виде «летающей женщины», как у автомобиля «Роллс-Ройс»¹. Хотя в отношении последних товарных знаков, которые принадлежат компании Rolls-Royce Motors, была попытка их оспаривания в качестве таковых компанией A & A Fiberglass на основании их декоративности, однако в этом истцу было отказано².

В настоящее время широко развита система обмена опытом по вопросам, связанным с применением товарного знака, путем проведения различных встреч и конференций. В частности, в 1998 г. проводилась конференция, рассматривающая вопросы охраны товарного знака в обонятельной, звуковой, объемной форме и регистрацию цвета в каче-

¹ Sommers M.S. Extending the boundaries of trademark protection in the US // *Trademark World*. – 1993. – № 60. – P. 29-33.

² Arthur R.Miller, Michael H.Davis. *Intellectual Property: Patents, Trademarks and Copyright*. – St.Paul, Minn. West Publishing Co., 1990. – 437 p.

стве данного объекта промышленной собственности¹.

Представляется, что, несмотря на все изложенные проблемы, которые могут возникнуть при регистрации нетрадиционных форм выражения товарного знака, спор, который ведется на страницах юридических изданий, разрешится в пользу возможности предоставления правовой охраны подобным нетрадиционным товарным знакам, например, в виде позывных сигналов радиостанций, специфического запаха товара, световых эффектов дискотеки и т.д., что будет иметь положительный эффект для экономики Республики Беларусь. Ведь расширение перечня видов товарных знаков в нашей стране повлечет за собой увеличение товарооборота в стране и будет способствовать привлечению иностранного капитала посредством увеличения количества иностранных владельцев обозначений.

¹ Protection smell, sound, shape, colour // Mars trademark lawyers conference. – Ottrott, 1998. – P. 68–96.

ТИПОВЫЕ ДОГОВОРНЫЕ КОНСТРУКЦИИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

Бондаренко Наталья Леонидовна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры частного права, главный научный сотрудник центра частноправовых исследований НИИ ТиСО Международного университета «МИТСО»

Аннотация: в науке гражданского права к категории типовых договорных конструкций традиционно относятся: публичный договор, договор присоединения и предварительный договор. Критически оценивая нормы гражданского законодательства Республики Беларусь, регулирующие эти договорные конструкции, автор делает вывод о том, что они не удовлетворяют требованиям современного гражданского оборота и не способны в полной мере гарантировать защиту интересов его участников, а, следовательно, нуждаются в корректировке.

The summary: in a civil law science a category of typical contractual designs traditionally concern: the public contract, the contract of joining and the preliminary contract. Critically estimating norms of the civil legislation Byelorussia regulating these contractual designs, the author does a conclusion that they do not meet requirements of a modern civil turn and are not capable to guarantee to the full protection of interests of its participants, and, hence, require updating.

Поступила 05.09.2012 г.

К категории типовых договорных конструкций, о которых пойдет речь в настоящей статье, в науке гражданского права традиционно относятся: публичный договор, договор присоединения и предварительный договор. Указанные договорные конструкции объединяет то обстоятельство, что они подлежат применению (в том числе путем их использования сторонами договора при оформлении своих договорных отношений) практически к любым типам (видам) договорных обязательств, которые обладают необходимым набором признаков, характерных для каждой типовой договорной конструкции¹. Между тем, каждая из вышеназванных договорных конструкций имеет присущие только ей специфические особенности и характерные черты, заслуживающие отдельного рассмотрения и анализа.

Публичный договор

Согласно ст. 396 ГК публичным признается договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая ор-

¹ Витрянский В.В. Некоторые итоги кодификации правовых норм о гражданско-правовом договоре // Кодификация российского частного права / Под ред. Д.А. Медведева. – М.: Статут, 2008. – С. 94–149.

ганизация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание, обязательное страхование и т.п.).

Следует уточнить, что употребление термина «публичный» не свидетельствует о возникновении публично-правовых отношений, в которых хотя бы одной из сторон является субъект публичного права. В случае, предусмотренном ст. 396 ГК, обе стороны договора являются субъектами частного права, а публичный характер данных отношений состоит в том, что государство имеет публичный интерес в предотвращении злоупотребления своими правами предприятий, оказывающих услуги публичного характера.

Критерием отнесения договоров к названной типовой договорной конструкции является характер деятельности одной из сторон договора. В условиях рынка все участники гражданского оборота предполагаются занимающими одинаковую в экономическом смысле позицию. Однако следует признать, что потребителю зачастую бывает непросто сделать правильный выбор в условиях достаточного предложения на рынке товаров и услуг. Кроме того, незнание всей специфики договорной работы ставит потребителя в весьма уязвимое положение при недобросовестности со стороны коммерческой организации. Нельзя не принимать во внимание и тот факт, что юридическое оформление правоотношений сторон публичного договора производится путем заключения договора присоединения. Это означает, что потребитель не может ни обсуждать, ни изменять условия договора. Единственная возможность, которая у него есть, состоит в праве вообще отказаться от заключения договора. Эта возможность является фикцией, если в сфере, в которой жизненные потребности требуют заключения договора, существует фактическая монополия.

Следует согласиться с Т. Вильгельмссоном в том, что современная ситуация такова, что «различные формы маркетинга и рекламирования стали средством конкурентной борьбы, обрушивая на потребителя огромное количество противоречивой информации и оказывая на него психологическое давление. Кроме того, степень организованности выше среди производителей, чем среди потребителей, что лишает последних возможности заключения коллективных договоров»¹. Как точно заметил С.С. Алексеев, «одной из главных причин проблематичного положения потребителей является разрыв между принципами гражданского права и

¹ Основы немецкого торгового и хозяйственного права: Сб. ст. / Герм. фонд междунар. правового сотрудничества. – М.: БЕК, 1995. – С. 156.

реальной ситуацией, в которую они поставлены»¹. Эти мотивы побудили законодателя отступить от принципа свободы договора, создать потребителю, как менее защищенной стороне договорных отношений, односторонние дополнительные гарантии и уравнивать позиции сторон в публичных договорах.

Теперь о другой стороне публичного договора, в качестве которой законодатель называет коммерческую организацию. Данное положение закона нельзя признать иначе как законодательным анахронизмом. Оно вступает в противоречие с другими положениям ГК и явно отстает от реалий современного гражданского оборота.

Так, при определенных условиях, исходя из смысла ст. 46 ГК Республики Беларусь, некоммерческие организации могут осуществлять деятельность, составляющей предмет публичного договора. То же касается и индивидуальных предпринимателей, которые занимаются розничной торговлей, бытовым подрядом, перевозками и т.п. Более того, любое физическое лицо вправе взять на себя обязательство заключать публичные договора через осуществление незапрещенных законодательством видов деятельности, не относящихся к категории предпринимательских: ремесленной деятельности, деятельности по оказанию услуг в сфере агроэкотуризма, по выращиванию и продаже сельскохозяйственной продукции и других, перечисленных в ст. 1 ГК Республики Беларусь. Неслучайно в проекте Федерального Закона Российской Федерации «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ», подготовленном Комитетом Государственной Думы Российской Федерации по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ко второму чтению предложено внести изменения в соответствующую статью кодекса о публичном договоре, заменив слова «коммерческой организации» словами «лица, осуществляющего предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность»².

Статья 396 ГК Республики Беларусь содержит общие положения о публичных договорах, которые конкретизируются, детализируются и развиваются в нормах права, посвященных отдельным видам договоров, которые законодательством признаются публичными. Как было отмечено выше, в ст. 396 ГК Республики Беларусь указаны лишь некоторые виды договоров, которые являются публичными. Другие договоры отнесены законодателем к категории публичных в соответствующих нор-

¹ Алексеев С.С. Право и перестройка: Вопросы, раздумья, прогнозы. – М.: Юрид. лит., 1987. – С. 118.

² КонсультантПлюс, 1992–2012 <http://www.consultant.ru/law/doc/gk/>.

мах права, посвященных этим договорам. Сказанное относится к договору розничной купли-продажи (п. 2 ст. 462 ГК), договору проката (п. 3 ст. 597 ГК), бытового подряда (п. 2 ст. 683 ГК), перевозки транспортом общего пользования (п. 3 ст. 743 ГК), договору хранения товаров на складе общего пользования (п. 2 ст. 798 ГК), договору хранения в ломбарде (п. 1 ст. 809 ГК), в камерах хранения транспортных организаций (п. 1 ст. 813 ГК).

Особый случай обязательного заключения договора предусмотрен законодательством о банках. В ст. 22 Банковского кодекса Республики Беларусь закреплено: «Договоры, заключаемые банками и небанковскими кредитно-финансовыми организациями с клиентами, являются публичными договорами или договорами присоединения, если иное не установлено правилами, действующими в этих банках и небанковских кредитно-финансовых организациях».

Вызывает несогласие формулировка данной статьи. С одной стороны, банки обязаны заключить договор с любым клиентом, обратившимся к банку, поскольку данный договор является публичным. А с другой стороны – правилами, действующими в отдельно взятом банке или небанковской организации, может быть установлено и иное положение. Вряд ли подобная норма призвана защитить интересы клиентов банка.

По смыслу норм ГК, относящихся к публичному договору, видно, что в правовой конструкции исследуемого договора существенным ограничением подвергается одно из основных начал гражданского законодательства – принцип свободы договора. Это проявляется в следующих положениях закона. Во-первых, коммерческая организация, осуществляющая публичную предпринимательскую деятельность, не вправе по своему усмотрению решать вопрос о заключении договора. Отказ от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, услуги, выполнить для него определенные работы не допускается. Иначе поведение коммерческой организации будет рассматриваться как необоснованное уклонение от заключения договора. В этом случае суд по иску заинтересованного лица может принять решение о понуждении коммерческой организации заключить договор и возместить другой стороне убытки, причиненные необоснованным уклонением от заключения договора (п. 3 ст. 396 ГК Республики Беларусь). Показательным для иллюстрации данного законоположения является следующий пример из судебной практики.

Решением хозяйственного суда Гомельской области от 11 марта 2008 г. отказано в иске РУПЭ «Г» к ЖСК о понуждении заключить договор снабжения тепловой энергией в сетевой воде.

Рассмотрев материалы дела, заслушав представителей сторон, изу-

чив представленные ими документы, суд установил, что 17 января 2008 г. РУПЭ «Г» направило ЖСК договор снабжения тепловой энергией в сетевой воде с просьбой рассмотреть его, подписать и один экземпляр вернуть. В силу ст. 396 ГК Республики Беларусь договор на энерго-снабжение является публичным договором. Согласно п. 3 ст. 396 ГК Республики Беларусь отказ коммерческой организации от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары (работы, услуги) не допускается. В силу п. 4 ст. 415 ГК Республики Беларусь, если сторона, для которой в соответствии с ГК и иными актами законодательства заключение договора обязательно, уклоняется от его заключения, другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор. По предложению к заключению договору снабжения тепловой энергией в сетевой воде обязанной стороной является РУПЭ «Г». В соответствии со ст. 415 ГК Республики Беларусь с иском о понуждении к заключению договора вправе обратиться лишь контрагент обязанной стороны, сама же обязанная сторона лишена такого права¹.

Таким образом, публичный договор является договором, заключить который обязана только одна сторона.

Во-вторых, коммерческая организация, являющаяся субъектом публичного договора, не вправе оказывать предпочтение отдельным потребителям в отношении заключения договора, кроме случаев, предусмотренных законом или иными правовыми актами.

В-третьих, потребитель получает также гарантию от неравноправного отношения к себе коммерческой организации-монополиста в виде нормы, установленной п. 2 ст. 396 ГК Республики Беларусь. Эта норма предусматривает, что не только цена (тариф) товаров, работ и услуг, но и иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда нормативными актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей (например, льготы для инвалидов по оплате коммунальных платежей). В п. 5 ст. 396 ГК закреплено положение, согласно которому условия публичного договора, не соответствующие требованию, быть одинаковыми для всех потребителей ничтожны. Правда, эти условия могут быть одинаково невыгодными, а цены одинаково высокими для всех потребителей, но это уже в большей мере относится к проблеме необходимости государственного регулирования цен (тарифов) на определенные товары и услуги либо к защите прав потребителя в рамках антимонопольного законодательства.

¹ Решение хозяйственного суда Гомельской области, 11 марта 2008 г. / Дело № 112-5/2008 // СПС «КонсультантПлюс: Беларусь» [Электронный ресурс]. – Минск, 2012.

В-четвертых, об ограничении действия принципа свободы договора в правовой конструкции публичных договоров свидетельствует также положение, закрепленное в п. 4 ст. 396 ГК, в силу которого Правительству Республики Беларусь предоставлено право издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (типовые договоры, положения и т.п.).

В-пятых, важной особенностью публичных договоров является также то, что в отличие от обычных гражданско-правовых договоров, споры по условиям которых на стадии заключения договора могут быть переданы на рассмотрение суда лишь по обоюдному согласию сторон договора, споры, связанные с заключением публичных договоров, а также споры по отдельным условиям договора должны разрешаться судом по заявлению одной из сторон.

Таким образом, характеристиками публичных договоров являются: особый характер деятельности; особый субъектный состав публичных договоров; наличие обязанности по заключению договора только у одной стороны. Все вышеперечисленные установления закона направлены на то, чтобы в сфере гражданского оборота, затрагивающей интересы неограниченного числа граждан, были исключены любые проявления дискриминации, факты необоснованного отказа от обслуживания потребителей. Смысл ст. 396 ГК Республики Беларусь состоит исключительно в предоставлении льгот потребителю, не распространяя их на его контрагента, что свидетельствует об ограничении принципа свободы договора в правовой конструкции публичных договоров.

Договор присоединения

Договор присоединения является новацией ГК, хотя в цивилистике он известен достаточно давно. Появление договоров присоединения, несомненно, явилось одним из наиболее важных событий в сфере договорного права XX столетия. К. Цвайгерт и Х. Кетц даже рассматривали его в качестве «аналога промышленной революции XIX века»¹.

Согласно ст. 398 ГК договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом. Это понятие объединяет в единый тип те договоры, которые были заключены путем присоединения одной из сторон к условиям договора, определенным другой стороной (как правило, экономически более сильной). Причем эти стандартные условия, как правило, не подлежат обсуждению.

Характеризуя договор присоединения, В. Ансон указывал на то, что

¹ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т. – Пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 1998. – Т. 2. – С. 19.

«это единообразный набор напечатанных условий, которые могут использоваться неоднократно и большим числом лиц. Каждый раз, когда какое-то лицо совершает поездку на судне, автобусе или поездом, покупает автомашину, сдает одежду в химчистку, хранит багаж в железнодорожной камере хранения, а иногда даже при аренде дома или квартиры, оно получит типовую проформу договора, составленную поставщиком, которую оно должно принять *in toto* или, теоретически, уйти ни с чем. Фактически у лица нет альтернативы принятию, оно не ведет переговоры, а просто присоединяется к договору»¹.

Появление стандартных договоров было обусловлено объективными причинами, заключенными в усложнении хозяйственной жизни и увеличении количества заключаемых договоров. Бурное развитие промышленного общества и договорных отношений породили так называемое формулярное право. Кулагин М.И. указывал: «некоторые авторы рассматривают это явление в плане более обширных изменений значения и функций договора, полагая, что индивидуальные правоотношения во все большей степени определяются положением статутов, а не свободно заключаемыми договорами, и в этом они усматривают вырождение, т.е. закат договора. Другие видят в институте договоров присоединения одно из проявлений «социализации гражданского права», вытеснения индивидуалистического договора договором, проникнутым духом коллективизма»².

В советской юридической науке договоры присоединения рассматривались преимущественно как неизбежное последствие господства капиталистического монополизма. Следует, однако, признать, что договоры присоединения имели достаточно большое распространение и в нашей стране, с той разницей, что в качестве монополиста выступали не частные компании, а государство. Совершенно очевидно, что договоры с заранее разработанными условиями объективно неизбежны в тех сферах хозяйства, где постоянно заключается множество однотипных, стандартных сделок, вне зависимости от системы хозяйствования. Одна из основных сфер применения договоров присоединения – отношения с теми, кто занимает монопольное положение в области продажи определенных товаров, выполнения определенных работ или оказания определенных услуг. Предоставление таких услуг, как перевозка транспортом общего пользования, энергоснабжение, связь, водоснабжение, гостиничное и медицинское обслуживание и т.п., осуществляется, как правило, крупными монопольными организациями. Отсутствие конкуренции вынуждает участника оборота согласиться на содержащиеся в формуляре условия.

¹ Ансон В.Р. Договорное право: Пер. с англ. – М.: Юрид. лит., 1984. – С. 113.

² Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада. – М.: Дело, 1992. – С. 80.

Таким образом, мы имеем дело с установлением отношений зависимости при помощи договоров, разработанных одной стороной. Для того, чтобы найти адекватные средства защиты интересов фактически слабой стороны в таких договорах, необходимо, прежде всего, выяснить их юридическую природу.

Договор присоединения имеет ряд присущих ему особенностей, существенно отличающих его от других договорных конструкций гражданского права и позволивших выделить его в отдельный тип. Как справедливо замечено В.В. Витрянским, «критерием выделения договора присоединения из всех гражданско-правовых договоров является не существование возникших из него обязательств, как это имеет место при дифференциации договорных обязательств на отдельные виды договоров, и не характер деятельности одной из сторон (публичный договор), а способ заключения договора»¹.

Мы уже установили два основных признака, которые присущи договору присоединения: во-первых, содержание договоров присоединения определяется одной из сторон в формуляре или иной стандартной форме; во-вторых, эти условия могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенным условиям. Это требование исключает возможность в договоре формулировать условия, отличающиеся от выраженных в стандартной форме или формуляре, а для присоединяющейся стороны – также и саму возможность заявлять при заключении договора о несогласии с его отдельными условиями.

Анализ особенностей правовой конструкции договора присоединения свидетельствует, что свобода воли в таких договорах более чем относительна. Воля стороны, создающей формуляр, имеет исключительное преобладание, другая же сторона практически лишается не только возможности участвовать в обсуждении договорных условий, но и часто не имеет выбора – присоединиться или нет к договору. Совершенно очевидно, что в таких договорах произвол со стороны, определяющей условия, может быть особенно болезненным для прочих субъектов договорного права, следовательно, актуализируется требование защиты интересов присоединяющейся стороны.

Все это слабо согласуется с общими принципами классического договорного права, делающего упор на автономию воли и свободу договора. Практически все исследователи этого вопроса убеждены во мнении, что в таких договорах отсутствует даже малейшая возможность согласования воли как важнейшего элемента самого договора². Брагинский

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: В 5-ти кн. – М.: Статут, 1997. – Кн. 1: Общие положения. – С. 19.

² Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада. – М.: Дело, 1992. – С. 185;

М.И. и В.В. Витрянский справедливо указывали: «Договоры присоединения по своей природе относятся к тем договорным конструкциям, правовое регулирование которых основано не на их защите, а на настоятельном отношении к ним законодателя»¹.

Такое повышенное внимание законодателя объясняется, прежде всего, тем, что в большинстве случаев сторонами договора присоединения являются с одной стороны – организация-монополист, а с другой – потребитель. Хотя в законе и отсутствуют прямые указания на этот счет, однако это со всей очевидностью вытекает из практики гражданского оборота. Очевидно, что положение их нельзя назвать равным. В связи с этим основное содержание законодательных предписаний сводится к тому, чтобы с помощью правовых средств попытаться каким-либо образом смягчить остроту этого неравноправного положения сторон в договоре. Законодатель делает попытку предоставить присоединяющейся стороне дополнительные права и гарантии, ограничить свободу компаний в определении условий договоров, в том числе запретить включение в эти договоры положений, наиболее открыто и грубо ущемляющих интересы присоединяющейся стороны. Ограничение свободы сторон в определении условий таких договоров идет по двум направлениям. В одних случаях закон предписывает включить в договор присоединения то или иное обязательное условие, в других – идет по пути запрещения определенных договорных условий.

Зарубежный законодатель, столкнувшийся с этой проблемой первым, предпринял меры для того, чтобы по возможности уравновесить положение сторон в таких договорах. В ряде стран приняты законы, призванные несколько ограничить свободу монополистических объединений в определении содержания стандартных договоров. Так, в Швеции Закон, запрещающий недобросовестные договорные условия, действует с 1971 г. В Англии такого рода нормы включены в Закон «О справедливой торговле» 1973 г. и в Закон «О несправедливых договорных условиях» 1977 г. В ФРГ в 1976 г. был принят Закон, относящийся к регулированию стандартных договорных условий. В США в 1975 г. был принят Закон «О простых договорных условиях», вступивший в действие с 1 апреля 1977 г. Принятие вышеперечисленных законодательных актов было попыткой государства внести коррективы в действующее договорное право, несколько ограничить свободу монополистов в определении содержания стандартных договоров, оказать влияние на формирование договорных условий. В странах Запада еще в 20-е годы

Савагье Р. Теория обязательств: Юрид. и экон. очерк. – М.: Прогресс, 1972.

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: В 5-ти кн. – М.: Статут, 1997. – Кн. 1: Общие положения. – С. 259.

была предпринята попытка придать типовым условиям договора («формулярам») значение источника права. Эти попытки не имели большого успеха, однако в результате активной борьбы потребителей за свои права был поставлен вопрос об упорядочении условий типовых договоров, при котором условия стандартного договора составляла бы соответствующая государственная или общественная организация. Такая практика получила во Франции оформление в виде теории договоров присоединения.

В странах англо-американского права эта проблема решалась иначе. Там была разработана конструкция «принудительного договора», в котором акцент переносился на государственное принуждение компаний к заключению таких договоров. Заключение договора считалось обязательным для компаний, деятельность которых направлена на удовлетворение общественных нужд. Практически во всех развитых странах были проведены законодательные реформы, направленные на ограничение свободы монополий в определении содержания типовых договоров и на защиту прав потребителя. Контроль за содержанием типовых договоров возлагается на специальные органы, охраняющие интересы потребителей (Англия, Дания), или суды (Германия, Ирландия, Бельгия).

В нашей стране проблему договоров со стандартными условиями законодатель попытался решить в Законе Республики Беларусь от 10 дек. 1992 г.: в ред. Закона Респ. Беларусь от 22 декабря 2011 г. «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции», в ст. 1 которого дается понятие стандартных условий сделки. Стандартные условия сделок – любые заранее сформулированные условия, предназначенные для многократного использования, которые одна договаривающаяся сторона (сторона, предлагающая условия) устанавливает для другой договаривающейся стороны при заключении договора и которые в деталях не согласовывались сторонами договора независимо от того, изложены ли эти условия во внешне обособленной составной части договора или в основном тексте договора, а также от их числа, способа оформления самого договора (в простой письменной или нотариальной форме) и соответствующих условий его. Законодательством могут быть установлены запреты на полное или частичное использование стандартных условий, а также запреты и ограничения на отнесение отдельных условий сделок к числу стандартных (ст. 7 Закона).

Закон Республики Беларусь «О защите прав потребителей» также преследует цель защитить потребителей от включения в договор условий, ущемляющих права потребителей. Так, согласно ст. 19 названного закона условия договора, ограничивающие права потребителя по сравнению с правами, установленными настоящим Законом и иным законодательством,

вом в области защиты прав потребителей, считаются ничтожными. Законом также запрещается обуславливать приобретение товара (работы, услуги) обязательным приобретением иных товаров (работ, услуг). Убытки, причиненные потребителю вследствие нарушения его права на свободный выбор товара (работы, услуги), возмещаются продавцом (исполнителем) в полном объеме. Кроме того, продавец (исполнитель) не вправе без согласия потребителя предоставлять дополнительные работы (услуги), оказываемые за плату. Потребитель вправе отказаться от оплаты таких работ (услуг), а если они уже оплачены, – потребовать от продавца (исполнителя) возврата уплаченной суммы.

Однако вернемся к положениям ГК согласно п. 2 ст. 398 которого присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения, хотя и не противоречит законодательству, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора. Для того, чтобы усилить защищенность прав присоединившейся стороны, российский законодатель посчитал необходимым дополнить п. 2 ст. 428 ГК Российской Федерации, регулирующей договор присоединения, абзацем вторым: «Если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства, в случае изменения или расторжения договора судом по требованию присоединившейся к договору стороны договор считается действовавшим в измененной редакции либо соответственно не действовавшим с момента его заключения». Кроме того, российский законодатель счел целесообразным распространить вышеприведенные правила о договоре присоединения также и на случаи, когда при заключении договора, не являющегося договором присоединения, условия договора определены одной из сторон, а другая сторона поставлена в положение, затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора.

Таким образом, особенности договора присоединения могут быть сведены к следующим специфическим характеристикам.

Во-первых, для применения ст. 398 ГК не требуется установления того, что договор был совершен вследствие тяжелых обстоятельств на крайне невыгодных для себя условиях, чем другая сторона воспользовалась, т.е. наличия признаков кабальной сделки. Условия применения ст. 398 ГК состоят, прежде всего, в том, что заключенный на основе формуляра договор либо лишает присоединившуюся к нему сторону прав,

обычно предоставляемых по договорам такого вида, либо исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательства. Во-вторых, предпосылкой изменения или расторжения договора присоединения является наличие в нем явно обременительных для присоединившейся стороны условий. В данном случае принимается во внимание не субъективный, а объективный фактор. Имеется в виду, что речь идет об обременении, «ясном для всех и каждого». И, наконец, в-третьих, договор присоединения может и не противоречить общим требованиям законодательства, однако у потребителя появляются дополнительные гарантии, охраняющие его от злоупотреблений со стороны монопольной организации.

Предварительный договор

Принцип свободы договора означает, что обычно предоставляется воле каждого субъекта решать, заключать или не заключать договоры. Однако на ком-либо может лежать обязательство вступить в договор в силу какого-нибудь прежнего договора, в котором он взял на себя такое обязательство. Договор, который таким образом обязывает к дальнейшему договору, носит название предварительного договора. Предварительный договор представляет собой пример добровольного частичного ограничения договорной свободы участников гражданского оборота.

По предварительному договору стороны обязуются заключить в будущем договор (основной договор) на условиях, предусмотренных предварительным договором (ст. 399 ГК). Стороны принимают на себя обязательство заключить договор в будущем в силу того, что имеют интерес к заключению основного договора, но в данный момент его заключение невозможно ввиду отсутствия некоторых существенных условий. Используя правовую конструкцию предварительного договора, участники гражданского оборота могут в известной степени планировать свою хозяйственную деятельность.

Конструкция предварительных договоров (*pactum de contrahendo*) зародилась еще в Древнем Риме в виде соглашения, предоставляющего право требования заключения основного договора. В ГК РСФСР 1922 г. был закреплен договор запродажи жилого дома, который обязывал его участников по истечении определенного времени заключить на заранее согласованных условиях новый договор – купли-продажи жилого дома. Потребность в предварительном договоре объяснялась существованием некоторых препятствий или отсутствием каких-либо условий к заключению того договора, который предполагается в будущем. Так, по мнению Г.Ф. Шершеневича, «причиной заключения запродажи могло быть отсутствие в данный момент права собственности, которое необходимо для купли-продажи, ожидаемое появление вещи в будущем, либо нахо-

ждение собственности под запрещением¹.

ГК БССР 1964 г. не упоминал предварительный договор. Возможность его заключения логичным образом вытекала из смысла ст. 4 ГК БССР, которая признавала возможность возникновения гражданских прав и обязанностей из сделок как предусмотренных законом, так хотя и не предусмотренных законом, но не противоречащих ему. Более широкому использованию правовой конструкции предварительных договоров на практике, по мнению М.И. Брагинского, препятствовало отсутствие на этот счет специальных норм в законодательстве².

В условиях планового хозяйства правовая конструкция предварительного договора не была должным образом востребована главным образом в силу того, что большинство договоров возникали из плановых заданий. С началом рыночных преобразований в стране место договорных обязательств, возникающих из плановых заданий, призвана была занять традиционная для гражданского права конструкция предварительных договоров. В Основах гражданского законодательства (ОГЗ) 1991 г. предварительный договор нашел свое место. В ст. 60 указанных Основ были определены порядок заключения, обязательные требования к форме и содержанию предварительного договора, а также к последствиям его нарушения, включая возможность заявления требования о понуждении заключить договор. Важно также отметить, что Основы не предусматривали каких-либо ограничений круга возможных предварительных договоров. Это могли быть договоры на продажу товаров, выполнение работ, оказание услуг и т.п.

При современном уровне научно-технического развития вопрос о заключении договора требует иногда сложных и длительных переговоров. Принятию решения о вступлении в договорные отношения порой предшествует дорогостоящая подготовительная работа, иногда необходима высокопрофессиональная экспертиза. В этих случаях возникает вопрос о том, не будут ли расходы, понесенные на этапе предварительной подготовки договора, потраченными впустую. В правовой конструкции предварительного договора усилия сторон по подготовке к заключению основного договора находят эффективную правовую защиту.

Как договор, он существенно отличается от тех переговоров, в которых стороны намечают, хотя бы и письменно, главные и дополнительные условия предстоящего договора. В некоторых случаях на стадии подготовки к заключению договора стороны подписывают протокол о намере-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). – М.: СПАРК, 1995. – С. 325.

² Брагинский М.И. Общее учение о хозяйственных договорах. – Минск: Наука и техника, 1967. – С. 30.

ниях. В этом документе стороны фиксируют достигнутые результаты и принимают конкретные обязательства (связанные с продолжением переговоров или подписанием договора) на определенный срок. Протокол о намерениях может быть полезен при решении вопросов о финансировании сделки, получении кредита, подготовке бизнес-плана и в других случаях практической деятельности. Самый простой пример: протокол о намерениях может служить подтверждением для бухгалтерии о проведенных переговорах и основанием для списания затрат на их организацию. Протокол о намерениях, как и другие способы фиксации переговорного процесса, не обязывает подписавших его сторон к обязательному вступлению в будущем в договорные отношения. Что же касается предварительного договора, то он является вполне самостоятельным соглашением сторон, в котором в требуемой законом форме выражено обязательство сторон по вступлению в основной договор, на определенных условиях, в установленный срок. Предварительные договоры порождают обязанности на их основе и в соответствии с ними заключить договор в будущем. Иными словами, предварительный договор представляет собой своего рода способ обеспечения заключения основного договора.

Если сторона, заключившая предварительный договор, уклоняется от заключения основного договора, то применяются положения, установленные для заключения договоров в обязательном порядке (п. 5 ст. 399 ГК Республики Беларусь). Сторона, необоснованно уклонившаяся от заключения договора, должна возместить другой стороне причиненные этим убытки (п. 4 ст. 415 ГК Республики Беларусь). При этом необходимо отметить, что последствия нарушения предварительного договора отличаются от последствий нарушения основного. В первом случае речь идет о компенсации отрицательного интереса (интереса к заключению основного договора), а во втором – позитивного интереса к соблюдению контрагентом обязательства, нарушенного ненадлежащим исполнением обязательства, вытекающего из основного договора. У стороны, уклоняющейся от заключения основного договора, остается надежда на то, что вторая сторона удовлетворится компенсацией негативного интереса, не предъявляя требований о понуждении контрагента к заключению договора¹. Кроме того, заключая предварительный договор, контрагенты оставляют для себя возможность еще раз подумать о необходимости заключения главного договора.

Поскольку содержание предварительного договора представляет собой обязательства сторон по заключению в будущем соответствующего договора о передаче имущества, выполнению работ или оказанию ус-

¹ Брагинский М.И., Еремеев Д.Ф. Хозяйственные договоры. – Минск: Беларусь, 1967. – С. 189.

луг, законодатель исходит из того, что основной договор должен быть заключен на условиях, предусмотренных предварительным договором. Предварительный договор предопределяет содержание основного договора, поэтому, в соответствии с п. 3 ст. 399 ГК Республики Беларусь, он должен содержать все существенные условия основного договора, в противном случае договор не может быть расценен как предварительный и требования о понуждении к заключению основного договора удовлетворению не подлежат.

Данное законоположение вызывает возражения по следующим причинам. Как было отмечено выше, цели предварительного договора и основного договора различные. Применительно к основному договору целями могут быть: передача имущества в собственность, выполнение работ, оказание услуг, организация совместной деятельности. Цель всех предварительных договоров – обеспечение гарантий заключения основного договора. В момент заключения договора стороны не могут с уверенностью определить все существенные условия основного договора, иногда именно по этой причине они прибегают к заключению предварительного договора. Еще И.Б. Новицкий отмечал, что «при заключении такого договора достаточно определить лишь самое основное содержание предстоящего договора, отложив установление второстепенных пунктов договора на будущее время»¹.

Автор настоящей статьи уже высказывал мнение о том, что предварительный договор должен содержать не все существенные условия будущего договора, а только те, которые позволяют установить предмет основного договора»². В этой связи вызывает удовлетворение, что в проекте Федерального Закона РФ № 47538-6 также осуществлен отказ от необходимости определения в предварительном договоре всех существенных условий будущего договора. По мнению разработчиков проекта, в содержание предварительного договора должны быть включены только те условия основного договора, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение при заключении предварительного договора. Такой подход представляется соответствующим требованиям современного гражданского оборота.

Закон также требует, чтобы предварительный договор был заключен в форме, установленной законодательством для основного договора. Если форма основного договора законом не предусмотрена, то это должна быть простая письменная форма. Несоблюдение требований к форме

¹ Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. – М.: Юрид. лит., 1950. – С. 145.

² Бондаренко Н.Л. Принципы гражданского права Республики Беларусь: моногр. – Минск: БГЭУ, 2007. – 179 с.

договора влечет его ничтожность (п. 2 ст. 399 ГК).

Срок заключения сторонами основного договора должен быть указан в предварительном договоре. Если же стороны не сделали этого, будет действовать правило, согласно которому основной договор подлежит заключению в течение одного года с момента заключения предварительного договора. Следует обратить внимание на последствия истечения срока, предусмотренного предварительным договором (или законом) для заключения основного договора. Обязательства, предусмотренные предварительным договором, прекращаются, если до окончания срока, в который стороны должны заключить основной договор, он не будет заключен и ни одна из сторон не направит другой стороне предложение заключить этот договор (п. 6 ст. 399 ГК Республики Беларусь). Истечение указанного срока не лишает стороны возможности заключения основного договора. Однако за его пределами каждая из сторон лишается права требовать от контрагента заключения договора на условиях, закрепленных в предварительном договоре. Независимо от того, предусмотренный ли это договором срок, или установленный законом годичный срок, тот и другой носят пресекательный характер: с его истечением материальное по своей природе право требовать от контрагента заключения договора на определенных условиях прекращается и, соответственно, восстановлению судом не подлежит¹.

Исследованные в рамках настоящей статьи типовые договорные конструкции объединяет одна общая присущая им особенность, а именно та, что в каждом из вышеназванных договоров подвергается ограничению один из важнейших принципов гражданского права – принцип свободы договора. В правовых конструкциях публичного договора и договора присоединения ограничение свободы договора преследует цель создать гарантии для соблюдения другого основного начала гражданского законодательства – принципа равенства участников гражданских правоотношений. На первый взгляд, в правовой конструкции предварительных договоров принцип свободы договора также подвергается ограничению. Однако это ограничение совсем другого рода, оно является порождением свободной воли сторон, самоограничением, проявившемся в заключении предварительного договора.

И еще один вывод. Критически оценивая нормы гражданского законодательства Республики Беларусь, регулирующие типовые договорные конструкции, следует признать, что они не удовлетворяют требованиям современного гражданского оборота и не способны в полной мере гарантировать защиту интересов его участников и, следовательно, нуждаются в корректировке.

¹ Брагинский М.И., Еремеев Д.Ф. – Указ. соч. – С. 192.

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ ОХРАНА И ЗАЩИТА ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Вабищевич Светлана Степановна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права и процесса ГОУ ВПО «РГСУ», филиал в г. Минске, главный научный сотрудник центра частноправовых исследований НИИ ТиСО Международного университета «МИТСО»

Аннотация: в статье проводится анализ сформировавшихся в науке гражданского права подходов к пониманию самозащиты гражданских прав; определяются содержательные границы самозащиты гражданских прав; формулируются основные черты самозащиты как одной из форм защиты субъективных гражданских прав; предлагается решение вопроса о соотношении гражданско-правовых мер оперативного воздействия с мерами самозащиты и способами обеспечения исполнения обязательств.

The summary: in article the analysis generated in a science of civil law of approaches to understanding of self-defence of the civil rights is carried out; substantial borders of self-defence of the civil rights are defined; the basic lines of self-defence as are formulated by one of forms of protection of the subjective civil rights; the decision of a question on a parity of civil-law measures of operative influence with measures of self-defence and ways of maintenance of execution of obligations is offered.

Поступила 09.09.2012 г.

Поскольку, с одной стороны, субъективные права признаются основной правовой ценностью¹, а с другой – их осуществление, как отмечалось выше, может встретить препятствия со стороны иных лиц, постольку особая роль в механизме частноправового регулирования отводится обеспечению нормальной реализации законных возможностей управомоченного субъекта. В числе основных современных принципов гражданского права закреплён принцип беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты (ст. 2 ГК), а в целях его реализации ГК закрепляет совокупность принудительных мер, направленных на охрану субъективных гражданских прав.

Анализ многочисленных научных исследований, посвящённых охране и защите гражданских прав в целом или их отдельным способам, позволяет сделать вывод о некоторой неопределённости в правовой доктрине и судебной практике, начиная с вопросов чисто терминологического порядка и заканчивая вопросами толкования соответствующих правовых норм, в частности, норм ст. 11 ГК.

¹ Поляков А.В. Общая теория права: Курс лекций. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. – С. 220.

Характеризуя защиту субъективных гражданских прав, исследователи оперируют такими терминами, как «правоохранительные меры», «меры гражданско-правовой охраны», «меры защиты», «средства защиты», «способы защиты», «меры ответственности», «меры оперативного воздействия», «самозащита» и т.п.

Для обеспечения правопорядка в частной сфере законодатель использует термины «защита гражданских прав», «способы защиты», «самозащита», «ответственность», «меры, необходимые для охраны», «меры для уменьшения возможных убытков» и т.д. В формально-логическом плане, а также с учетом имеющихся теоретических разработок и фактора практической целесообразности перечисленные понятия можно разграничить следующим образом.

Самым широким, включающим меры юридического и фактического характера, является понятие «гражданско-правовая охрана», на что указывается в юридической литературе¹. Так, традиционно к фактическим мерам относятся, например, установка сигнализации, снабжение файла или диска от копирования, клеймение домашних животных, а к юридическим – меры, призванные стимулировать субъектов к надлежащему должному поведению, в частности, посредством угрозы применения мер защиты и мер ответственности, а также совершаемые с указанной целью действия управомоченного лица либо с целью создания дополнительных гарантий возмещения вреда в случае нарушения субъективного гражданского права.

Например, для обеспечения активного поведения контрагента управомоченный может использовать способы обеспечения исполнения обязательств (гл. 23 ГК), институт задержания исполнения (ст. 309 ГК), угрозу применения мер юридической ответственности, пассивного – угрозу применения мер юридической ответственности, иск о пресечении деятельности, создающей угрозу причинения вреда (ст. 934 ГК), иск, направленный на реализацию законного или охраняемого законом интереса, жалобу на неправомерные действия государственных органов, иных организаций со статусом юридического лица, а также организаций, не являющихся юридическими лицами, и должностных лиц. Универсальный характер имеют такие меры гражданско-правовой охраны, как помещение знака охраны авторского права на каждом экземпляре произведения (который (знак) обязательно состоит из трех элементов: латинской буквы «С» в окружности: ©; имени (наименования) обладателя исключительных имущественных прав; года первого опубликования произведения), предупредительной маркировки рядом с зарегистри-

¹ Гражданское право: Учеб.: В 3 т. / Под ред. Ю.К. Толстого. – 7-е изд. перераб. и доп. – М.: Проспект, 2009. – С. 343–344.

рованным товарным знаком и т.д.¹

Таким образом, основная цель гражданско-правовой охраны – предупреждение нарушения субъективного гражданского права и обеспечение правопорядка в сфере гражданского оборота в целом. При этом следует обратить внимание, что отнесение некоторых действий к фактическим правоохранительным мерам поддерживается не всеми. Часто приводимый в литературе пример с ограждением собственником своего земельного участка колючей проволокой с электрическим током одни авторы характеризуют как типичную меру гражданско-правовой охраны независимо от вредоносных последствий, наступление которых, в частности, причинение вреда здоровью, является самостоятельным юридическим фактом, имеющим свою собственную квалификацию², другие ведут речь о том, что в подобных случаях имеет место нарушение интересов других лиц и представление опасности для жизни и здоровья окружающих³. На наш взгляд, потенциальная возможность причинения вреда лицу, которое может соприкоснуться с подобным средством охраны, в том числе по неосторожности, препятствует отнесению рассматриваемого действия к числу мер гражданско-правовой охраны, представляющих собой действия правомерные, на что указывает сам автор⁴. Следовательно, использование конкретных фактических правоохранительных мер не должно ущемлять права и законные интересы других лиц.

Если имеет место нарушение или оспаривание права, возникает потребность в его защите, применительно к которой применяют термины «способы», «меры», «средства», «формы».

В норме ст. 11 ГК речь идет о способах защиты гражданских прав. В юридической литературе используются следующие подходы к решению вопроса о соотношении первых двух понятий:

1) понятие «способ защиты» подменяется понятием «мера защиты», в результате чего «под способами защиты субъективных гражданских прав понимаются закрепленные законом материально-правовые меры принудительного характера, посредством которых производится восстановление (признание) нарушенных (оспариваемых) прав и воздействие на правонарушителя»⁵, или наоборот;

¹ Белов В.А. Гражданское право: Общая часть: Учеб. – М.: Юрайт, 2011. – Т. II: Лица, блага, факты. – С. 544.

² Там же. – С. 545.

³ Кашанина Т.В., Кашанин А.В. Основы российского права: Учеб. – 2-е изд., изм. и доп. – М.: НОРМА, 2000. – С. 388.

⁴ Белов В.А. Гражданское право: Общая часть: Учеб. – М.: Юрайт, 2011. – Т. II: Лица, блага, факты. – С. 544.

⁵ См., например: Гражданское право: Учеб.: В 3 т. / Под ред. А.П. Сергеева. – М.: ТК Велби, 2008. – Т. 1. – С. 545.

2) понятия «способ защиты» и «мера защиты» используются как синонимы¹.

Определения данных понятий, приводимые в толковом словаре, свидетельствуют об их взаимосвязанности, пересечении, что делает не простой задачу построения точной логической цепочки. Обращение к положениям ГК свидетельствует о том, что законодатель эти понятия не смешивает. Так, слово «мера» используется в значении единицы измерения (ст. 138, ст. 799, ст. 803), границы, предела проявления чего-либо (ст. 129, 210), чаще всего – средства для осуществления чего-нибудь, мероприятия (п. 2 ст. 18, п. 1 ст. 59, п. 1 ст. 140, п. 1 ст. 231, ст. 1067 и т.д.). Термин «способ» используется применительно к приобретению права собственности (ст. 2 ГК), защите гражданских прав (ст. 11), совершению сделки (п. 1 ст. 161), разделу общего имущества (п. 2 ст. 255), обеспечению исполнения обязательства (ст. 310), исполнению обязательств (ст. 384), определению цены (ст. 663), исполнению работы (ст. 670), возмещению вреда (ст. 951), компенсации морального вреда (ст. 970)², изобретению как объекту права промышленной собственности (п. 1 ст. 1001), принятию наследства (ст. 1070) и т.д. и в большинстве случаев означает «действие или систему действий, применяемых при исполнении какой-нибудь работы, при осуществлении чего-нибудь»³. Например, такой способ принятия наследства, как фактическое вступление во владение или управление наследственным имуществом, имеет место, когда наследник, в частности:

- 1) принял меры к сохранению имущества, к защите его от посягательств или притязаний третьих лиц;
- 2) произвел за свой счет расходы на содержание имущества;
- 3) оплатил за свой счет долги наследодателя или получил от третьих лиц причитавшиеся ему суммы (п. 2 ст. 1070 ГК).

Точно так же защита гражданских прав путем восстановления положения, существовавшего до нарушения права и пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, предполагает выполнение обладателем нарушенного субъективного права ряда действий в определенной последовательности и в установленном нормами права порядке.

Таким образом, способ защиты и мера защиты являются самостоя-

¹ Белов В.А. Гражданское право: Общая часть: Учеб. – М.: Юрайт, 2011. – Т. II: Лица, блага, факты. – С. 545.

² При этом, указывая на способ, законодатель формулирует норму следующим образом – «компенсация морального вреда осуществляется в денежной форме».

³ Ожегов И.С., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – 4-е изд., доп. – М.: Азбуковник, 1999. – С. 757.

тельными понятиями, при этом способ представляет собой закрепленные в законодательстве или ему не противоречащие основные направления, приемы правового воздействия на правонарушителя, направленные на восстановление правового положения потерпевшего, пресечение незаконных действий, уменьшение их отрицательных последствий. В то же время, используемое законодателем соотношение понятий «способ» и «мера», основанное на данных толкового словаря, свидетельствует об отсутствии принципиального практического значения и их четкого разграничения. Не влияет последнее и на построение непротиворечивой научной концепции защиты гражданских прав.

В зависимости от того, кто применяет меры защиты, принято различать юрисдикционную и неюрисдикционную формы защиты¹. Первая предполагает защиту гражданских прав в судебном или административном порядке посредством обращения к государственным и иным компетентным органам, вторая форма в литературе именуется самозащитой гражданских прав и включает действия управомоченного лица, направленные на защиту гражданских прав, совершаемые им самостоятельно, без обращения к указанным органам.

В рамках судебной защиты используются следующие способы: 1) признание права; 2) восстановление положения, существовавшего до нарушения права; 3) пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения; 4) признание оспоримой сделки недействительной и применение последствий ее недействительности, установление факта ничтожности сделки и применение последствий ее недействительности; 5) признание недействительным акта государственного органа или органа местного управления и самоуправления; 6) присуждение к исполнению обязанности в натуре; 7) присуждение к возмещению убытков; 8) присуждение к уплате неустойки; 9) присуждение к компенсации морального вреда; 10) прекращение или изменение правоотношения; 11) неприменение судом противоречащего законодательству акта государственного органа или органа местного управления и самоуправления; 12) иные способы, предусмотренные правовыми нормами (например, ст. 153 закрепляет специальный способ защиты права на надлежащие условия формирования представлений в виде чести,

¹ Отдельные авторы предлагают различать исковую и неисковую формы защиты гражданских прав и интересов: «все спорные правовые требования, подлежащие рассмотрению с соблюдением процессуальной формы защиты права, называются исковыми, а правовые требования, подлежащие рассмотрению без соблюдения установленной законом процессуальной формы защиты права (например, при защите права в административном порядке), в законодательстве и в теории вполне справедливо не называются исковыми»// Добровольский А.А., Иванова С.А. Основные проблемы исковой формы защиты права. – М.: Изд-во МГУ, 1979. – С. 25.

достоинства, деловой репутации – опровержение порочащих сведений), а также опубликование ответа в случае опубликования средствами массовой информации сведений, ущемляющих права или охраняемые законодательством интересы гражданина.

Одним из принципов гражданского права является принцип судебной защиты гражданских прав (ст. 2 ГК). В соответствии с правилом п. 1 ст. 10 ГК защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет суд, хозяйственный суд, третейский суд¹ в соответствии с подведомственностью, установленной нормами процессуального права, а в предусмотренных законодательством случаях – в соответствии с договором.

К средствам судебной защиты относят иск, заявление, жалобу. По спорам, возникающим между организациями и (или) индивидуальными предпринимателями, обязательным является досудебное урегулирование спора посредством предъявления претензии (письменного предложения о добровольном урегулировании спора²), если иное не установлено нормами ГК, иных законодательных актов или договором. В данном случае претензию можно относить к средствам самозащиты. При этом в договоре стороны могут как отказаться от применения претензионного порядка урегулирования спора, так и предусмотреть иной порядок (проведение переговоров, обращение к примирителю в рамках примирительной процедуры (глава 17 ХПК)).

Защита гражданских прав в административном порядке применяется лишь в случаях, предусмотренных нормами гражданского права, посредством подачи заявления, жалобы, в том числе в электронной форме. Административную защиту гражданских прав осуществляют, например:

– Апелляционный совет при патентном органе (государственном учреждении «Национальный центр интеллектуальной собственности») в случае спора при несогласии с решениями экспертизы указанного центра и спора о правомерности выдачи охранных документов, в частности патентов на объекты промышленной собственности (п. 4 Положения об Апелляционном совете при патентном органе, утвержденном Постановлением Комитета по науке и технологиям при Совете Министров от 10 января 2003 г. № 2).

¹ Третейский суд не входит в судебную систему Республики Беларусь и создается для разрешения споров в виде постоянно действующего третейского суда или третейского суда, образуемого по соглашению сторон для разрешения конкретного спора (ст. 5 Кодекса Республики Беларусь о судостроительстве и статусе судей от 29 июня 2006 г., ст. 1 Закона Республики Беларусь от 18 июля 2011 г. «О третейских судах»).

² См.: Приложение «Претензионный порядок урегулирования спора» к Хозяйственному процессуальному кодексу от 15 декабря 1998 г. в ред. Закона Республики Беларусь от 6 августа 2004 г.

– департаментом ценовой политики Министерства экономики в случае нарушения антимонопольного законодательства хозяйствующими субъектами, государственными органами, их должностными лицами (ст. 16 Закона Республики Беларусь от 10 декабря 1992 г. «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции» в редакции Закона Республики Беларусь от 10 января 2000 г.; п. 3 Инструкции о применении мер, направленных на устранение нарушений антимонопольного законодательства, утвержденной Постановлением Министерства экономики от 17 апреля 2006 г. № 60).

Решение, принятое в административном порядке, может быть обжаловано в суд.

В юридической литературе предлагаются классификации способов защиты гражданских прав по различным основаниям, например, по направленности (на пресекательные, восстановительные и штрафные¹; на пресекательные, восстановительные, компенсационные и обеспечительные²), по особенностям реализации на (юрисдикционные, неюрисдикционные), по объектам, на защиту которых направлена их реализация на (меры защиты субъективных прав и меры защиты правопорядка³; меры защиты субъективных прав; меры защиты правопорядка; меры, направленные на локализацию убытков⁴). На наш взгляд, для понимания способов защиты гражданских прав наибольшее значение имеет разделение их на *меры гражданско-правовой ответственности* (ответственность за неисполнение денежного обязательства (ст. 366 ГК), взыскание неустойки (ст. 311 ГК), потеря задатка (п. 2 ст. 352 ГК) и *иные меры защиты*⁵ (присуждение к исполнению обязанности в натуре, прекращение или изменение правоотношения, восстановление положения, существовавшего до нарушения права, в частности, виндикация вещи (ст. 11 ГК), обязанность прекратить деятельность, создающую опасность причинения вреда в будущем (ст. 934 ГК)). Различия между указанными мерами связывают обычно с основаниями применения, социальным назначением, выполняемыми функциями, принципами их реализации и некоторыми другими

¹ Вершинин А.П. Способы защиты гражданских прав в суде. – СПб.: Специальный юрид. факультет по переподготовке кадров Санкт-Петербургского гос. ун-та, 2000. – С. 29, 37–38, 41.

² Илларионова Т.А. Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер. – Свердловск, 1980. – С. 43 и след.

³ Стоякин Г.Я. Меры защиты в советском гражданском праве: автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Свердловск, 1973. – С. 8.

⁴ Красавчиков О.А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // Сб. науч. тр. – Вып. № 39. – Свердловск, 1975. – С. 11.

⁵ В юридической литературе их называют также «мерами защиты в узком смысле слова». См., например: Кархалев Д.Н. Соотношение мер защиты и мер ответственности в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Екатеринбург, 2003. – С. 4.

особенностями¹. Принципиальное значение имеет то обстоятельство, что, в отличие от мер ответственности меры защиты, не влекут дополнительного обременения для правонарушителя, в том числе в связи с тем, что в большинстве случаев вытекают из договора, например «реализация заложенного имущества», «принуждение к исполнению в натуре». Остановимся подробнее на теоретическом и практическом аспектах самозащиты.

В соответствии с одним из принципов отечественного гражданского права граждане и организации вправе осуществлять <...> самозащиту гражданских прав с соблюдением пределов, определенных в соответствии с гражданско-правовыми нормами (ст. 2 ГК). Самозащита гражданских прав впервые законодательно была закреплена в ст. 11 действующего ГК в качестве способа защиты гражданских прав. Как отмечалось выше, самозащита представляет собой форму защиты, в рамках которой применяются соответствующие *способы защиты*, на что, в частности, прямо указывает российский законодатель (ст. 14 ГК Российской Федерации).

В соответствии с нормативной характеристикой самозащита включает непосредственные действия лица, права которого нарушаются, при условии, что такие действия не сопряжены с нарушением правовых предписаний. Не рассматривается в качестве такого нарушения самозащита гражданских прав, осуществленная с причинением вреда в состоянии крайней необходимости или необходимой обороны, если действия защищающегося были соразмерны характеру и опасности нарушения и не вышли за пределы его предупреждения или пресечения (ст. 13 ГК). Российский же законодатель, допустив самозащиту гражданских прав, сформулировал требования о соразмерности нарушению и соответствии пределам действий, необходимых для его пресечения, в качестве общих, т.е. распространил их на все способы самозащиты, а не только на те, которые применяются в состоянии крайней необходимости или необходимой обороны (ст. 14 ГК Российской Федерации). Ниже мы попытаемся доказать, что такой подход с точки зрения практической реализации норм о самозащите представляется более последовательным.

В гражданско-правовой науке отсутствует единство в понимании самозащиты. Принципиальное отличие в предлагаемых определениях связано с возможностью включения в содержание самозащиты действий юридического характера. Определение самозащиты гражданских прав как совершаемых управомоченным лицом действий фактического порядка, соответствующих закону и направленных на охрану материальных и нематериальных благ, было дано В.П. Грибановым². Данная точка

¹ Гражданское право: Учеб.: В 3 т. / Под ред. А.П. Сергеева. – М.: ТК Велби, 2008. – Т. 1. – С. 546.

² Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. – М.: Россий-

зрения также воспроизводится в ряде современных работ. Ее сторонники усматривают отличие фактических действий, связанных с самозащитой права, от действий, юридических, именуемых мерами оперативного характера, объясняемое тем, что:

– меры оперативного воздействия направлены на обеспечение договорного обязательства, а самозащита – на охрану личности гражданина, прав собственности или иных прав организаций и граждан, носящих вещно-правовой характер¹;

– меры оперативного характера «принимаются в нормальных <...> условиях, при наличии альтернативы этим мерам в виде возможности обращения за судебной защитой, досудебного урегулирования спорной ситуации путем переговоров и т.д.»²; самозащита применяется в такой чрезвычайной ситуации, при которой в силу особых обстоятельств обеспечить защиту гражданских прав в судебном или административном порядке не представляется возможным, соответственно, под самозащитой понимается исключительный порядок защиты гражданского права³;

– для мер оперативного характера свойственно «не физическое, а правовое воздействие на должника, хотя, как и самозащита, они используются управомоченным лицом самостоятельно, без обращения в суд»⁴;

– действия по применению мер оперативного характера всегда являются односторонними сделками, влекущими изменение прав и обязанностей участников относительного гражданского правоотношения⁵.

В соответствии со второй точкой зрения самозащита гражданских прав рассматривается как совокупность действий и фактического, и юридического порядка, т.е. меры оперативного воздействия являются разновидностью мер самозащиты. Самозащита гражданских прав при этом понимается как «допускаемые законом или договором действия управомоченного лица, направленные на обеспечение неприкосновенности права, пресечение нарушения и ликвидацию последствий этого нарушения»⁶.

ское право, 1992. – С. 168.

¹ Грибанов В.П. – Указ. соч. – С. 133.

² Гражданское право: Учеб.: В 3 т. / Под ред. Ю.К. Толстого. – 7-е изд. перераб. и доп. – М.: Проспект, 2011. – Т. 1. – С. 344.

³ Сарбаш С.В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. – М.: Статут, 1998. – С. 170–177.

⁴ Гражданское право России: Общая часть : Курс лекций / Отв. ред. О.Н. Садилов. – М.: Юристъ, 2001. – С. 103.

⁵ Гражданское право: Учеб.: В 2 т. / Отв. ред. Е.А.Суханов. – М.: Статут, 2010. – Т. 1: Общая часть: Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. – С. 425.

⁶ Свердлык Г., Страунинг Э. Способы самозащиты гражданских прав и их классификация // Хозяйство и право. – 1999. – № 1. – С. 35.

Представители данной точки зрения не усматривают достаточных оснований для противопоставления мер оперативного воздействия мерам самозащиты, поскольку и тем, и другим присущи такие свойства, как самостоятельное применение потерпевшим, направленность на пресечение правонарушения и на уменьшение его отрицательных последствий¹.

В рамках третьей точки зрения «предусмотренные законом односторонние действия юридического или фактического характера, применяемые управомоченным на их совершение субъектом и направленные на пресечение действий, нарушающих его имущественные или личные права»², также относятся к самозащите, но на том основании, что к мерам самозащиты не должны относиться необходимая оборона и крайняя необходимость, т.к. «в случае, когда лицо защищает собственные права и интересы «физическими» (фактическими) действиями (а гражданско-правовые меры самозащиты неразрывно связаны с охраной собственных прав и интересов управомоченного), это не самозащита в правовом смысле, а фактические действия, хотя основанные на норме права, но с правовым воздействием на правонарушителя не связанные. Необходимая оборона и крайняя необходимость – это действия фактического («физического»), но не правового свойства. Фактические же действия, совершаемые управомоченным субъектом, могут быть мерами самозащиты лишь в том случае, когда они носят характер действий, пресекающих правонарушение правовыми средствами»³.

На наш взгляд, определяя содержательные границы самозащиты гражданских прав, необходимо учитывать следующие обстоятельства.

1. Попытка разграничения оперативных мер и мер самозащиты по сферам их применения – первые применяются в договорных отношениях, вторые во внедоговорных⁴, – основанная на принципиальном разграничении фактических и юридических действий, имеющем, кстати, достаточно условный характер, не дает желаемого результата, поскольку

Данная точка зрения является достаточно распространенной. См., например: Басин Ю.Г., Диденко А.Г. Имущественная ответственность и оперативные санкции в системе хозяйственного механизма // Правоведение. – 1984. – № 3. – С. 33; Гражданское право: Учеб.: В 3 т. / Под ред. А.П. Сергеева. – М.: ТК Велби, 2008. – Т. 1. – С. 781.

¹ Белов В.А. Гражданское право: Общая часть: Учеб. – М.: Юрайт, 2011. – Т. II: Лица, блага, факты. – С. 556, 559.

² Стоякин Г.Я. Меры защиты в советском гражданском праве: Автореф. ... канд. дис.: 12.00.03. – Свердловск, 1973. – С. 5–17.

³ Стоякин Г.Я. Меры самозащиты в гражданском правоотношении // Гражданские правоотношения и их структурные особенности: сб. ученых трудов СЮИ. Вып. 39 / Редакт.: С.А. Верб, О.А. Красавчиков, Г.И. Петрищева, В.Ф. Яковлев. – Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1975. – С. 48.

⁴ См., также: Карпов М.С. Гражданско-правовые меры оперативного воздействия. – М.: Статут, 2004. – С. 37.

ку и в договорных отношениях находят применение фактические действия управомоченной стороны, например, самостоятельное устранение покупателем недостатков товара с последующим возмещением расходов (ст. 445 ГК); производство арендатором капитального ремонта с последующим взысканием с арендодателя стоимости ремонта или зачета ее в счет арендной платы (ст. 587 ГК) и др. Что же касается мер оперативного воздействия, то таковые применяются стороной обязательственного правоотношения.

2. Названный в литературе признак исключительности не характерен для самозащиты в ее современном понимании. Если в гражданском праве советского периода, особенно в его начале, самостоятельная защита рассматривалась в виде исключения¹, в действующем ГК закреплена универсальная норма, допускающая самостоятельную защиту своих прав, более того, как указывалось выше, возможность самостоятельной защиты гражданских прав отнесена к принципам современного гражданского права.

3. Самозащита гражданских прав предполагает непосредственные действия лица, права которого нарушаются, на что отечественный законодатель, в отличие от российского, прямо указывает в нормах ст. 13 ГК. В этой связи в ситуации, когда третье лицо будет оборонять потерпевшего от нападения, то о самозащите можно говорить только в отношении прав и интересов обороняющегося. Что же касается третьего лица, то оно защищает права другого субъекта. Этот вывод применим и к классической ситуации, приводимой В.А. Беловым при рассмотрении вопроса о соразмерности применяемых мер самозащиты характеру правонарушения. Одному из участников похода становится плохо с сердцем; другие участники, не обладающие профессиональными (медицинскими) знаниями, опасаясь задержки приезда автомобиля службы скорой (неотложной) медицинской помощи ввиду отдаленности места их нахождения, завладевают автомобилем без разрешения его собственника с тем, чтобы доставить пострадавшего в больницу. В данном случае,

¹ Ср.: «Советское гражданское право не может признать самозащиту и самопомощь методом защиты гражданских прав. В случае нарушения гражданских прав есть только один путь: обращение к принудительному воздействию органов власти. Это не означает, что мы отрицаем вообще самозащиту (например, необходимую оборону). Но самозащита – не установленный законом правовой метод охраны гражданских прав, а фактическое обстоятельство, которое устраняет противоправность действия и в случае возникновения судебного дела служит основанием к освобождению от ответственности (ст. 403 ГК РСФСР)» // Гражданское право: Учеб.: В 2 т. / Под ред. М.М. Агаркова, Д.М. Генкина. – М.: НКЮ СССР, 1944. – С. 76.

См., также: Иоффе О.С. Советское гражданское право (курс лекций): В 3-х т. – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1958. – С. 248.

безусловно, имеет место совершение действий в состоянии крайней необходимости (ст. 1067 ГК Российской Федерации, ст. 936 ГК) независимо от последующего установления факта отсутствия объективной необходимости в экстренной помощи потерпевшему, состояние которого позволяло дожидаться приезда автомобиля службы скорой (неотложной) медицинской помощи¹, но указанные действия совершены не потерпевшим, права которого к тому же не нарушались, и, следовательно, к самозащите данная ситуация не имеет никакого отношения.

Таким образом, действия в состоянии необходимой обороны и крайней необходимости совершаются в рамках самозащиты только в случае устранения потерпевшим угрожавшей ему опасности.

По указанным выше причинам нельзя согласиться с мнением о возможности относить деятельность в форме патронажа к самозащите прав подопечного². Напомним, что в соответствии с п. 1 ст. 37 ГК по просьбе совершеннолетнего дееспособного гражданина, который по состоянию здоровья не может самостоятельно осуществлять и защищать свои права и исполнять обязанности, над ним может быть установлен патронаж. Кроме того, необходимо учитывать, что для назначения попечителя гражданин обращается в компетентный орган – орган опеки и попечительства.

Не заслуживает поддержки в связи с вышеизложенным и предложение о том, что «в случае невозможности самостоятельной защиты своих гражданских прав потерпевшей стороной она может обратиться за помощью в осуществлении права на самозащиту к другим лицам (т.е. прибегнуть к так называемой товарищеской взаимопомощи)»³.

Приведем пример из судебной практики.

¹ Белов В.А. Гражданское право: Общая часть: Учеб. – М.: Юрайт, 2011. – Т. II: Лица, блага, факты. – С. 558.

² Свердлык Г.А., Страунинг Э.Л. Защита и самозащита гражданских прав: Учеб. пособие. – М.: Лекс-книга, 2002. – С. 146.

³ Суждение о так называемой товарищеской помощи, неоднократно высказываемые в российской юридической литературе (см., например, Лебедко М.М., Цицилева О.В. Самозащита как особая форма защиты гражданских прав // Вестник филиала Российского государственного социального университета. – 2007. Государство и право [Электронный ресурс]. – 2007. – Режим доступа: <http://www.kraspubl.ru/content> – Дата доступа: 20.07.2012) основано, на наш взгляд, на характеристике самозащиты, приводившейся в работах советского периода, в которых указывалось, что «самозащита осуществляется прежде всего силами самого потерпевшего, что, конечно, не исключает товарищеской взаимопомощи и содействия в осуществлении защиты (против посягательства) со стороны других граждан» // Советское гражданское право: Учеб.: В 2 т. / Под ред. О.А. Красавчикова. – 3-е изд. испр. и доп. – М.: Высш. шк., 1985. – Т. 1. – С. 98. Предпосылки выделения такого признака, как и использование соответствующей терминологии, становятся понятными, если вспомнить, что товарищеская взаимопомощь называлась в качестве одного из принципов Морального кодекса строителя коммунизма.

В соответствии с вступившим в законную силу судебным решением гражданин С. должен был передвинуть свою изгородь и устранить препятствия в пользовании земельным участком, принадлежащим гражданину К. Поскольку по происшествии двух лет судебное решение С. исполнено не было, К. перенес изгородь с помощью своих знакомых¹. В данном случае, во-первых, имеет место нарушение установленного нормами права порядка исполнения судебного решения, во-вторых, даже если бы действия по переносу изгороди не были сопряжены с нарушением правовых предписаний, «товарищеская взаимопомощь» не охватывается понятием самозащиты, т.к. оказывается управомоченному лицу в рамках иных правоотношений.

То обстоятельство, что российский законодатель не конкретизирует лиц, имеющих право на самостоятельную защиту своих гражданских прав (что и не является обязательным, поскольку сам термин «самозащита» свидетельствует о дозволении потерпевшему защищать свое нарушенное право), не отменяет возможность ее осуществления только управомоченным лицом, чье право нарушено.

4. Причиной нарушения прав, самостоятельно защищаемых управомоченным лицом, могут быть не только противоправные посягательства, но и иные действия и события. Классический пример: лицо использует чужое имущество (транспортное средство, сельскохозяйственный инвентарь) для тушения пожара собственного дома, в который ударила молния. Ключевым является тот факт, что в любом случае основанием для применения самозащиты будет «процесс умаления личной или имущественной сферы управомоченного лица»².

Соответственно, не верной представляется позиция хозяйственного суда Могилевской области, квалифицировавшего в качестве самозащиты действие ответчика по зачету суммы убытков, причиненных утратой груза и суммы провозной платы (дело №125-12/2006). В данном случае при оценке правомерности действий стороны должны были применяться не правила о правомерности самозащиты, а нормы ст. 381, определяющей условия, при которых допускается зачет.

5. Фактические действия, совершаемые в состоянии необходимой обороны и крайней необходимости, не имея изначально законодательной регламентации (в отношении способов и последовательности совершения), оказывают воздействие на личность или имущество правонарушителя или третьих лиц, которое в случае наличия отрицательного результата все

¹ Советское гражданское право: Учеб.: В 2 т. / Под ред. О.А. Красавчикова. – 3-е изд. испр. и доп. – М.: Высш. шк., 1985. – Т. 1. – С. 151.

² Белов В.А. Гражданское право: Общая часть: Учеб. – М.: Юрайт, 2011. – Т. II: Лица, блага, факты. – С. 557.

же приводит к последствиям, имеющим юридическое значение. Кроме того, законодатель устанавливает пределы совершения таких действий – они должны быть 1) соразмерны характеру и опасности нарушения и 2) не выходить за пределы его предупреждения или пресечения.

6. Условия совершения действий в состоянии необходимой обороны или крайней необходимости имеют, как правило, чрезвычайный характер, но все же с формальной точки зрения, во-первых, ситуации, в которых возникает необходимость самостоятельной защиты собственной личной или имущественной сферы, не сводятся к этим состояниям, во-вторых, невозможность защиты гражданского права в судебном или административном порядке не является обязательным условием для применения самозащиты, иными словами, в нормах ГК отсутствует запрет на использование самозащиты при наличии у управомоченного лица возможности обратиться за защитой в суд или иной юрисдикционный орган.

7. Не приводит к желаемому результату распространенный аргумент в пользу противопоставления мер самозащиты и мер оперативного воздействия, основанный на необходимости соблюдения при применении мер оперативного воздействия требований, предъявляемых к самозащите, а именно, соразмерность способов защиты нарушению и их соответствие пределам действий, необходимых для его пресечения¹.

«Последнее является неприемлемым для интенсивных и сложных по своей структуре современных предпринимательских отношений, поскольку в каждом случае применения оперативных мер управомоченное лицо встречалось бы по крайней мере с необходимостью тщательно оценивать экономические и правовые последствия своих действий для недобросовестного контрагента в целях сопоставления их <...>»² с указанными требованиями.

Обосновывая отсутствие оснований к отнесению права удержания к самозащите, С.В. Сарбаш, утверждает, что в этом случае «ретентор (кредитор, удерживающий вещь), всякий раз применяя право удержания, должен оценивать, соответствует ли оно в данном случае нарушению и не причинит ли он должнику больший вред, чем размер его тре-

¹ Такая необходимость признана, например, на уровне Постановления Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», в соответствии с п. 9 которого при разрешении споров, возникших в связи с защитой принадлежащих гражданам или организациям гражданских прав путем самозащиты, следует учитывать, что самозащита не может быть признана правомерной, если она явно не соответствует способу и характеру нарушения и причиненный (возможный) вред является более значительным, чем предотвращенный.

² Карпов М.С. Гражданско-правовые меры оперативного воздействия. – М.: Статут, 2004. – С. 38.

бований. Очевидно, что такой режим для права удержания неприемлем»¹. Думается, что подобные «препятствия» для применения мер оперативного воздействия вовсе не означают неограниченный характер последних. В подобных случаях принцип добросовестности и разумности участников гражданских правоотношений не прекращает свое действие. Данный вывод подтверждается примерами из практики российских арбитражных судов. В одном из судебных актов мы обнаруживаем следующий вывод: «самозащита хранителем своего права на получение вознаграждения за хранение посредством удержания товара была признана несоразмерной, т.к. плата за хранение была крайне невысока (не более 5 % от стоимости товара) по сравнению с его стоимостью»².

Следовательно, невзирая на то, что состав мер оперативного воздействия, возможность и порядок их применения в отличие от мер самозащиты нашли свое нормативное закрепление, существенные препятствия к рассмотрению первых в качестве разновидности вторых отсутствуют. Как указывалось выше, отдельные фактические действия, совершаемые в порядке самостоятельной защиты гражданских прав в обязательственных отношениях, названы в нормах права. В качестве еще одного примера можно указать на возможность использования в качестве доказательства звуко- или видеозаписи, полученной скрытым путем в случаях, не подпадающих под действие нормы ч. 2 ст. 13 Закона Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. «Об оперативно-розыскной деятельности». В соответствии с правилом ч. 3 ст. 229 ГПК не может быть использована в качестве доказательства звуко- или видеозапись, полученная скрытым путем, за исключением случаев, когда такая запись допускается законом. На наш взгляд, следует согласиться с тем, что одним из таких случаев является получение записи в порядке самозащиты, т.е. в результате совершения фактических действий, «направленных «на прекращение наличествующего (длящегося) процесса умаления гражданско-правовой сферы, и (или) на уменьшение вредоносных последствий этого процесса»³ при условии соблюдения требований, предъявляемых к самозащите. Например, в одном из судебных дел аудиозапись была представлена в качестве средства доказывания требований истца – потребителя⁴.

Изложенное выше позволяет сформулировать основные черты само-

¹ Сарбаш С.В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. – М.: Статут, 1998. – С. 172.

² Постановление Федерального Арбитражного суда Центрального округа от 10 октября 2006 № А09-11799/04-9.

³ Белов В.А. Гражданское право: Общая часть: Учеб. – М.: Юрайт, 2011. – Т. II: Лица, блга, факты. – С. 556.

⁴ См.: Карамышева И. Суд решил ... // Юсиас 7.0 [Электронный ресурс] / ООО «Информационно-правовое агентство «Регистр». – Минск, 2012.

защиты, осуществляемой в рамках гражданского права.

Во-первых, самозащита представляет собой одну из форм защиты гражданских прав, в отношении которой установлен общий режим дозволения. Применяемые в рамках самозащиты меры позволяют наиболее оперативно и ненаказуемо (при соблюдении ряда условий) защитить гражданские права.

Во-вторых, термин «самозащита» предполагает, что процесс умаления гражданских прав уже существует, можно определить его вредоносный характер и установить соразмерные ему меры отражения. Данный вывод следует также из словосочетания «<...> права которого нарушаются» (ч. 1 ст. 13 ГК). В противном случае совершаемые действия будут направлены не на самозащиту, а на охрану гражданских прав. В этой связи, на наш взгляд, в норме ч. 2 ст. 13 ГК речь должна идти только о пресечении нарушения, поскольку предупреждение, исходя из толкования этого слова¹, совершается в рамках охраны.

В-третьих, самозащита осуществляется в одностороннем порядке, т.е. только лицом, права которого нарушены, без обращения в компетентные органы.

В-четвертых, самозащита может иметь место во всех случаях нарушения гражданских прав, независимо от причин его возникновения, – в число таковых входят как противоправные посягательства на личную или имущественную сферу потерпевшего, так и иные юридические факты, например, события.

В-пятых, самозащита должна быть правомерной, т.е., совершая самостоятельные действия, направленные на пресечение нарушения своих гражданских прав, потерпевший не должен нарушать правовые предписания. Если в результате таких разновидностей самозащиты, как действия в состоянии крайней необходимости и (или) необходимой обороны, причинен вред гражданским правам других лиц, самозащита в соответствии с позицией белорусского законодателя является правомерной при соблюдении двух условий: 1) соразмерность способов защиты нарушению и 2) их соответствие пределам действий, необходимых для его пресечения.

Применительно к названным разновидностям отметим следующее. Закрепление в ст. 13 ГК условий правомерности самостоятельных действий, совершаемых для защиты гражданских прав в состоянии необходимой обороны и крайней необходимости, не препятствует применению специальных норм ст. 935 и ст. 936 ГК, предусматривающих последствия причинения вреда в ходе этих действий, и самостоятельного прак-

¹ Предупредить – «заранее принятыми мерами отвратить»; «опередить кого-нибудь, сделать что-нибудь ранее, чем что-нибудь произошло» // Ожегов И.С., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – 4-е изд., доп. – М.: Азбуковник, 1999. – С. 582.

тического значения не имеет. Из перечисленных норм следует, что необходимая оборона исключает гражданско-правовую ответственность за вред, причиненный нарушителю, при условии соблюдения ее пределов. Иными словами, необходимая оборона – это правомерные действия, и повторять этот факт в норме ст. 13 ГК нет никакой необходимости. Суд может освободить лицо, самостоятельно защищавшее свои гражданские права, от обязанности возместить вред, причиненный в состоянии крайней необходимости, под которой понимается невозможность при данных обстоятельствах устранить иными средствами угрожающую этому лицу опасность.

Наличие данного правила лишает всякого смысла дополнительное закрепление условий правомерности действий, совершенных в состоянии крайней необходимости. Наличие этих условий в любом случае будет устанавливаться при применении правил ст. 936 ГК. Тем самым мы приходим к выводу, что с позиции системности и последовательности в изложении правового материала, а также в целях обеспечения соблюдения пределов осуществления гражданских прав, в том числе права на самозащиту, целесообразным является распространение названных в ч. 2 ст. 13 ГК условий правомерности на все способы самозащиты, как это сделана в ч. 2 ст. 14 ГК Российской Федерации.

Данные условия достаточно подробно исследованы в юридической науке, в связи с чем полагаем достаточным отметить лишь следующее. Принципиальное значение при решении вопроса о соразмерности мер самозащиты характеру и опасности нарушения, их соответствия пределам действий, необходимых для его пресечения, имеет высказанное В.А. Беловым соображение о том, что в порядке самозащиты вред причиняется не законопослушному гражданину, а лицу, нарушившему норму права, поставившему себя вне гражданского общества. «Нарушая закон в одном, вряд ли следует *вполне* рассчитывать на его покровительство в другом». Иными словами, названный выше вопрос должен решаться «в смысле, благоприятном для защищаемого лица»¹.

При несоблюдении условий правомерности самостоятельных действий по защите гражданских прав таковые перерастают в самоуправство. Последнее имеет место также в случае, когда лицо ошибочно полагает, что вправе совершить некоторые действия. Например, в Конституционный Суд Российской Федерации обратился гражданин с жалобой на нарушение его конституционных прав ст. 359 ГК Российской Федерации, а также ст. 330 УК Российской Федерации. Гражданин был осужден за самоуправство, сам же он предполагал, что удерживал чужое

¹ Белов В.А. Гражданское право. Общая часть: Учеб. – М.: Юрайт, 2011. – Т. II: Лица, блага, факты. – С. 558–559.

имущество в порядке ст. 359 ГК Российской Федерации. Конституционный Суд отказал в жалобе, указав, что, как следует из приговора, вынесенного в отношении гражданина, делая вывод о незаконности удержания им имущества, суд исходил из того, что удержание как способ обеспечения исполнения обязательства возможно лишь при наличии основного обязательства, однако на момент совершения преступления само обязательство еще не возникло¹. В контексте рассматриваемой в настоящей статье проблемы целесообразным представляется рассмотрение вопроса о правовой природе мер оперативного воздействия как разновидности самозащиты гражданских прав.

Сопоставление доктринальных определений понятия «меры оперативного воздействия» показывает, что при использовании любого варианта соотношения указанных мер с мерами самозащиты обнаруживаются никак не подвергаемые сомнению признаки, совокупность которых, невзирая на терминологическое разнообразие, дает во многом схожий результат.

В соответствии с концепцией мер оперативного воздействия, предложенной В.П. Грибановым на основе положений советского гражданского права, они представляют собой такие юридические средства правоохранительного характера, которые применяются к нарушителю гражданских прав и обязанностей непосредственно самим управомоченным лицом как стороной гражданского правоотношения без обращения к компетентным государственным органам². В одной из последних специальных работ, в которой учтены изменения в подходах законодателя к самозащите гражданских прав, меры оперативного воздействия определяются как «предусмотренные в законе или соглашении сторон меры юридического воздействия на неисправного должника в договорном обязательстве, применение которых заключается в совершении управомоченным лицом односторонних действий по изменению или прекращению договорного обязательства в связи с нарушением обязанностей со стороны контрагента»³.

Рассматриваемое понятие, появившееся в 50-х гг. XX в. в качестве доктринального, нормативного закрепления не получило, а в дальнейшем

¹ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 21 февраля 2008 г. № 92-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Храповицкого Константина Николаевича на нарушение его конституционных прав статьей 359 Гражданского кодекса Российской Федерации, статьей 330 Уголовного кодекса Российской Федерации и пунктом 1 части первой статьи 6 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

² Грибанов В.П. – Указ. соч. – С. 133.

³ См., также: Карпов М.С. Гражданско-правовые меры оперативного воздействия. – М.: Статут, 2004. – С. 76.

в результате развития концепции способов защиты гражданских прав синонимами данного понятия выступили «меры оперативного характера», «оперативные санкции», «оперативные меры», «оперативно-организационные меры», «хозяйственные санкции», «хозяйственно-оперативные», «оперативно-хозяйственные», «оперативно-имущественные» санкции.

Объективные исторические условия включения мер оперативного воздействия в систему правоохранительных мер, в которых (условиях) даже самозащита гражданских прав иногда рассматривалась как часть механизма государственного принуждения¹, стали причиной дискуссии о правовой природе указанных мер, в которой центр тяжести сместился на вопрос об их соотношении с гражданско-правовой ответственностью и гражданско-правовыми санкциями, что, в свою очередь, предопределило разноеобразие в обозначении одного и того же явления.

Если быть более точным в изложении процесса формирования концепции мер оперативного воздействия, то следует указать, что в первых по времени появления работах, в предмет исследования которых включались и вопросы, касающиеся одностороннего воздействия управомоченного лица на сторону, допустившую нарушение условий договора, таковое квалифицировалось преимущественно в качестве санкции². В своей работе 1955 г. отказ плательщика от акцепта платежного требования С.С. Алексеев предложил рассматривать в качестве средства обеспечения «договорной и расчетной дисциплины»³. Впоследствии одни авторы рассматривали меры оперативного воздействия как особые специфические способы правовой реакции на правонарушителя, которые отличаются от имущественной ответственности⁴. Другие исследователи отрицали какие-либо границы между имущественной ответственностью и мерами оперативного воздействия и видели различие лишь в возможности реализации последних самостоятельными действиями стороны в обязательстве⁵.

В неоднократно упоминавшейся работе В.П. Грибанова «Пределы осуществления и защиты гражданских прав» (год первого опубликова-

¹ Басин Ю.Г., Диденко А.Г. Защита субъективных гражданских прав // Юридические науки. – Вып. 1. – Алма-Ата, 1971. – С. 10. / Приведено по: Басин Ю.Г. Избранные труды по гражданскому праву / Составитель М.К. Сулейменов. – Алматы: АЮ-ВШП «Адилет»; НИИ частного права КазГЮУ, 2003. – С. 348.

² См., например: Картужанский Л.И. Ответственность за неисполнение договоров в социалистическом хозяйстве // Вестник Ленинградского университета. – 1950. – № 4. – С. 98.

³ Алексеев С.С. Правовые вопросы отказа плательщика от акцепта платежного требования // Вопросы советского гражданского права и процесса. Ученые записки. – М.: Госюриздат, 1955. – Т. 3. – С. 67–68.

⁴ Грибанов В.П. Пределы применения мер оперативного характера при поставках продукции // Советская юстиция. – 1968. – № 7. – С. 4.

⁵ Огрызков В.М. Пределы применения мер оперативного характера при поставках продукции // Советская юстиция. – 1968. – № 7. – С. 10.

ния – 1972) возможность отнесения мер оперативного воздействия к способам обеспечения исполнения обязательств получила наиболее последовательную аргументацию. Однако анализ современных публикаций в данной области показывает, что обеспечительная функция мер оперативного воздействия составляет основу научной полемики.

В литературе не единичны высказывания, основанные на суждении В.П. Грибанова о том, что главная функция мер оперативного воздействия состоит в обеспечении надлежащего исполнения обязательства, и допускающие квалификацию данных мер в качестве способов обеспечения исполнения обязательства, помимо тех, которые указаны в соответствующей норме закона (п. 1 ст. 310 ГК)¹.

Отдельные авторы, наоборот, ввиду того, что все способы обеспечения исполнения обязательства «должны реализовываться самим лицом, чьи права нарушаются, без обращения в суд или иные компетентные органы и с соблюдением тех условий (пределов) реализации, которые предусмотрены законом или соглашением сторон в обязательстве», относят их к способам самозащиты².

Доминирующее в современной отечественной цивилистике понимание обеспечительного обязательства как акцессорного (дополнительного к основному), с одной стороны, и отсутствие акцессорного обязательства между сторонами в результате закрепления в договоре или применения подавляющего большинства мер оперативного воздействия, с другой, дают основания, по мнению М.С. Карпова, утверждать, что «в настоящий момент меры оперативного воздействия представляют собой самостоятельный, отличный от способов обеспечения исполнения обязательств <...>, институт гражданского права»³. Указанные аргументы имеют под собой безусловную, причем нормативную, основу, но именно эта же основа позволяет привести встречные возражения. Сам М.С. Карпов, ссылаясь на позицию В.С. Ема, отмечает неакцессорный харак-

¹ Гражданское право: Учеб.: В 2 т. / Отв. ред. Е.А.Суханов. – М.: Статут, 2010. – Т. 1: Общая часть: Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. – С. 431. Автор соответствующей главы учебника – В.С. Ем, ученик В.П. Грибанова, еще в 1981 г. предлагал включить меры оперативного воздействия, исключив неустойку, в систему мер обеспечения исполнения обязательств // Ем В.С. Категория обязанности в советском гражданском праве (вопросы теории): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 1981. – С. 152–153.

² Свердлов Г.А., Страунинг Э.Л. Способы самозащиты гражданских прав и их классификация // Хозяйство и право – 1999. – № 2. – С. 26.

³ Карпов М.С. Гражданско-правовые меры оперативного воздействия. – М.: Статут, 2004. – С. 46. Категорически отрицает возможность отнесения мер оперативного воздействия к способам обеспечения исполнения обязательств В.В. Витрянский // Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: В 5-ти кн. – 2-е изд., испр. – М.: Статут, 1999. – Кн. 1: Общие положения. – С. 481.

тер банковской гарантии и неустойки, что, однако, не препятствует их включению в число способов обеспечения исполнения обязательств.

Несколько ранее он делает оговорку о том, что односторонние действия по удержанию имущества в связи с допущенным должником нарушением обязательства, т.е. собственно удержание вещи, соответствуют признакам мер оперативного воздействия¹. В соответствии с п. 5 ст. 340 ГК требования кредитора, удерживающего вещь, удовлетворяются из ее стоимости в объеме и порядке, предусмотренном для удовлетворения требований, обеспеченных залогом, т.е. реализация права на продажу удерживаемого имущества предполагает обращение в суд. Вместе с тем, данное обстоятельство не препятствует характеристике удержания в качестве меры оперативного воздействия, предоставляющей кредитору возможность без совершения каких-либо дополнительных действий удерживать имущество должника в целях обеспечения своих имущественных интересов и стимулирования последнего к надлежащему исполнению обязательства. Ведь именно эта мера позволит в будущем при условии неисполнения обязательства должником, несмотря на предпринятые кредитором меры по удержанию вещи, обратиться на нее взыскание.

Подобная составная обеспечительная конструкция, но реализуемая в обратном порядке, имеет место при использовании в соответствии с кредитным договором предусмотренного ст. 148 Банковского кодекса Республики Беларусь от 25 октября 2000 г. в редакции Закона Республики Беларусь от 17 июля 2006 г. гарантийного депозита денег. В случае неисполнения кредитором своих обязанностей кредитор вправе самостоятельно удовлетворить свои имущественные требования за счет депонированных сумм. Следовательно, действие, совершаемое кредитором в одностороннем порядке, направлено не на принудительное обеспечение надлежащего исполнения обязательства, а на возмещение его убытков. Также и право кредитора распорядиться имуществом должника вне связи с правом удержания (п. 2, п. 3 ст. 484 ГК), хотя и не исключает полностью стимулирующее воздействие на неисправного должника, но обеспечивает в первую очередь минимизацию потерь кредитора.

На основании изложенного представляется, что теоретический по своей сути вопрос о соотношении мер оперативного воздействия и способов обеспечения исполнения обязательств может иметь следующее решение. Нет никаких препятствий относить к мерам оперативного воздействия те способы обеспечения исполнения обязательств, которые реализуются в одностороннем порядке управомоченной стороной с целью

¹ Карпов М.С. – Указ. соч. – С. 45–46.

принудительного воздействия на обязанное лицо.

В то же время, далеко не каждая мера оперативного воздействия может выступить в роли способа обеспечения надлежащего исполнения обязательства.

В результате исследования мер оперативного воздействия, закрепленных в нормах ГК, появились различные классификации – по отраслевой принадлежности, сферам, основаниям, целям, последствиям применения. Наиболее последовательной представляется предложенная В.В. Витрянским классификация в зависимости от содержания действий, предпринимаемых кредитором в целях воздействия на должника, включающая пять групп мер оперативного воздействия¹.

1. Меры оперативного воздействия, суть которых заключается в одностороннем отказе от совершения действий в пользу нарушителя, а именно: отказ от исполнения обязательства (отказ от договора). Необходимо различать отказ от договора как меру оперативного воздействия, результатом применения которой является изменение или расторжение договора, и отказ от договора как способ прекращения обязательства.

В первом случае основанием для применения такой меры управомоченным лицом выступает нарушение обязательства другой стороной, при этом последняя, как правило, обязана возместить убытки. Так, в случае существенного нарушения требований к качеству товара покупатель вправе отказаться от исполнения договора купли-продажи и потребовать возврата уплаченной за товар денежной суммы (п. 2 ст. 445 ГК).

Во втором случае отказ от договора не связан с нарушением (например, п. 2 ст. 581, ст. 598, ст. 653 ГК), и сторона, принявшая решение прекратить обязательство таким образом, сама становится должником, обязанным возместить убытки, а в отдельных случаях – оплатить часть исполненного обязательства. Например, если иное не предусмотрено договором подряда, при наличии уважительных причин заказчик может в любое время до сдачи ему работы отказаться от договора подряда, уплатив подрядчику часть установленной цены за работу, выполненную до получения уведомления об отказе заказчика от договора. Заказчик также обязан возместить подрядчику убытки, причиненные прекращением договора, в пределах разницы между частью цены, выплаченной за выполненную работу, и ценой, определенной за всю работу (п. 4 ст. 669 ГК).

2. Меры оперативного воздействия, в рамках которых кредитор, являющийся субъектом встречного исполнения, вправе приостановить исполнение обязательства в одностороннем порядке. Основой реализации отказа во встречном удовлетворении является признание взаимо-

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: В 5-ти кн. – 2-е изд., испр. – М.: Статут, 1999. – Кн. 1: Общие положения. – С. 698–701.

связи и взаимообусловленности прав и обязанностей участников правоотношения. Из этого следует, что неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей одним участником дает право другому участнику не исполнять встречную обязанность.

Обусловленность последовательного исполнения обязательства должна быть прямо предусмотрена договором (ст. 309 ГК). Если же обусловленное договором исполнение обязательства произведено не в полном объеме, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения, но в части, соответствующей непредоставленному исполнению. Эти правила не могут применяться, если нормой права или договором предусмотрено иное.

3. Меры оперативного воздействия, которые связаны с отказом кредитора от предоставленных должником товаров, работ, услуг при ненадлежащем исполнении обязательства и, как правило, включают требование кредитора к должнику о возврате денежных средств, уплаченных за эти товары, работы, услуги.

Например, если продавец не передает или отказывается передать покупателю относящиеся к товару принадлежности или документы, которые он должен передать в соответствии с законодательством или договором купли-продажи, покупатель вправе назначить ему разумный срок для их передачи. В случае, когда принадлежности или документы, относящиеся к товару, не переданы продавцом в указанный срок, покупатель вправе отказаться от товара, если иное не предусмотрено договором (ст. 484 ГК).

4. Меры оперативного воздействия, которое оказывается посредством удержания имущества должника до фактического исполнения им предусмотренных договором обязанностей. В соответствии с общим правилом п. 1 ст. 340 ГК кредитор, у которого находится вещь, подлежащая передаче должнику либо лицу, указанному должником, вправе в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате этой вещи или возмещению кредитору связанных с нею издержек и других убытков удерживать ее до тех пор, пока соответствующее обязательство не будет исполнено. Право удержания как частный случай самозащиты возникает «из оснований, предусмотренных законодательством» (п. 1 ст. 7 ГК), т.е. не из договора.

В то же время основанием возникновения обязательства кредитора передать вещь должнику или третьему лицу чаще всего является договор, хотя такое обязательство может возникать и по другим основаниям (например, вследствие неосновательного обогащения). В отношениях между предпринимателями удержанием вещи могут обеспечиваться также требования, не связанные с оплатой вещи или возмещением из-

держек на нее и других убытков (п. 2 ст. 340 ГК).

5. Меры оперативного воздействия, направленные на восстановление имущественной сферы управомоченного лица посредством распоряжения имеющимся у него имуществом должника. Например, если иное не предусмотрено договором подряда, при уклонении заказчика от принятия результата выполненной работы подрядчик вправе по истечении месяца со дня, когда согласно договору результат работы должен был быть передан заказчику, и при условии последующего двукратного предупреждения заказчика продать результаты работы, а вырученную сумму, за вычетом всех причитающихся подрядчику платежей, внести на имя заказчика в депозит в порядке, предусмотренном правилом ст. 308 ГК (п. 6 ст. 673 ГК).

При неисполнении поклажедателем своей обязанности взять обратно вещь, переданную на хранение, в том числе при его уклонении от получения вещи, хранитель вправе, если иное не предусмотрено договором, после письменного предупреждения поклажедателя самостоятельно продать вещь по цене, сложившейся в месте хранения, а если стоимость вещи по оценке превышает в сто раз установленный законодательством размер базовой величины, – продать ее с аукциона в порядке, предусмотренном нормами стст. 417–419 ГК.

Сумма, вырученная от продажи вещи, передается поклажедателю за вычетом сумм, причитающихся хранителю, в том числе его расходов на продажу вещи (п. 2 ст. 789 ГК). Если комитент не распоряжается своим находящимся в ведении комиссионера имуществом в течение пятнадцати дней со дня получения уведомления об отказе комиссионера исполнить поручение (если договором не установлен иной срок), комиссионер вправе сдать имущество на хранение за счет комитента либо продать его по возможно более выгодной для комитента цене (п. 2 ст. 894 ГК).

В приведенных случаях должник не выполняет свою обязанность забрать вещь, причиняя кредитору убытки, связанные, как правило, с ее содержанием. Меры по удержанию вещи применяются в ситуации, когда должник, не выполняя встречное обязательство, получает имущественную выгоду за счет кредитора.

КАТЕГОРИЯ ВИНЫ В ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЙ НАУКЕ И В КОДИФИКАЦИЯХ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА СТРАН СНГ

Кузнецова Ольга Анатольевна, доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права Пермского государственного национального исследовательского университета

Аннотация: в статье выдвигается и аргументируется тезис о том, что поведенческий подход к вине в гражданском праве ведет к необоснованному смешению понятий вины в форме бездействия, а также к невозможности определения умысла и неосторожности, поскольку последние могут существовать только в категории интеллекта и воли. На основе сравнительного анализа положений гражданского законодательства стран СНГ, положений правовой доктрины и материалов судебной практики, сделан вывод, что понятие вины с учетом существующих межотраслевых связей и зависимостей должно быть унифицировано и базироваться на психологической теории вины.

The summary: in article the thesis that the behavioural approach to fault in civil law conducts to unreasonable mixture of concepts of fault in the form of inactivity, and also to impossibility of definition of intention and imprudence as the last can exist only in an intelligence and will category is put forward and given reason. On the basis of the comparative analysis of positions of the civil legislation of the CIS countries, positions of the legal doctrine and judiciary practice materials, the conclusion is drawn, that the concept of fault taking into account existing interbrain communications and dependences should be unified and be based on the psychological theory of fault.

Поступила 01.10.2012 г.

Вопрос о вине справедливо относится к краеугольным проблемам юридической науки и правотворчества. По общему правилу в правовом государстве привлечение к юридической ответственности возможно только за виновное деяние. В вине, как в определенном внутреннем отношении правонарушителя к собственному поведению и к его результатам, выражается не только отрицательное или легкомысленное отношение к правам и законным интересам других лиц (кредиторов), но и к интересам общества и государства, к праву в целом.

При отсутствии вины (кроме случаев безвиновной ответственности) не наступает правовая ответственность. Неправильное понимание вины может привести как к необоснованному привлечению к ответственности, так и к несправедливому освобождению от нее, что очевидно противоречит основным началам гражданского законодательства¹ и препятствует

¹ Бондаренко Н.Л. Основные начала гражданского законодательства Республики Беларусь: критический анализ статьи 2 Гражданского кодекса // Третий пермский конгресс 134

действию механизма защиты нарушенных гражданских прав¹.

Кроме того, понятие вины имеет значение для всего института гражданско-правовой ответственности² и влияет на его категориальный аппарат. Вина содержательно и функционально связана с такими категориями, как противоправность, бездействие, правонарушение, состав правонарушения, условия ответственности и др. От определения вины напрямую зависит определение и этих понятий.

Поэтому представляется крайне важным определиться с подходами к понятию вины и ее диаметранта – невиновности.

Актуальность этих вопросов для частного права усиливается тем обстоятельством, что, в отличие от отраслей публичного права, гражданские кодификации стран СНГ не содержат нормы-дефиниции вины, а понятие невиновности определяют через объективные признаки бездействия. При этом цивилистическая доктрина содержит как психологическое (субъективное), так и поведенческое (объективное) понятие вины. Несогласованность норм гражданского и иных отраслей права по этому вопросу, а также его полемичность в науке приводит к серьезным судебным ошибкам.

В юридической литературе традиционно выделяют три основные теории вины: опасного состояния, оценочная и психологическая. Они детально разработаны и описаны преимущественно в уголовно-правовой литературе. В теории опасного состояния понятие вины практически полностью подменялось термином «опасное состояние личности», а противоправное деяние воспринималось как проявившийся симптом такого опасного состояния. Эта теория зародилась в уголовном праве и имела существенное влияние в начале становления советской власти, когда в ходу были такие понятия, как «общественно опасный элемент», «классовый враг» и т.д. В современном праве теория опасного состояния подвергнута всевозможной справедливой критике.

Оценочная теория вины заключается в том, что вина отрицается как реально существующее самостоятельное психологическое явление; не делается попыток установить реальное психическое (субъективное) отношение лица к своему общественно опасному деянию и его последствиям; вина лица за совершенное деяние сводится к ее оценочной характеристике судом. Эта теория привела к замене понятия вины как объективной

ученых юристов: материалы междунар. науч.-практ. конф. / отв. ред. О.А. Кузнецова. Пермь, 2012. – С. 46–47; Комиссарова Е.Г. Об основных началах гражданского законодательства // Журнал российского права. – 2001. – № 5. – С. 13–21.

¹ Кодиркулов Х.Р. К вопросу о праве на защиту гражданских прав // 10 лет Гражданскому кодексу Республики Таджикистан. – Душанбе: Ирфон, 2010. – С. 171–184.

² Кузнецова Н.С. Гражданско-правовая ответственность: понятие, условия и механизм применения // Ежегодник украинского права. – 2011. – № 3. – С. 119–132.

категории субъективным суждением судьбы о виновности подсудимого¹.

Психологическая теория рассматривает вину как реально существующее психологическое явление, требует от правоприменителя устанавливать действительное субъективное отношение лица к содеянному и его последствиям, опирается на такие психологические категории, как сознание и воля, которые являются основными элементами вины. Основположителем психологической школы вины в уголовно-правовой науке является А.А. Пионтковский, который понимал под виной «психическое отношение вменяемого лица к учиненному им преступному деянию в форме умысла или неосторожности»². Именно это определение вины взято за основу в российской правовой науке.

В теории права под виной понимают «психическое отношение лица к своему противоправному поведению (т.е. действию или бездействию), и к его результату, основанное на возможности предвидения и предотвращения последствий этого поведения»³. Алексеев С.С. определяет вину как психическое отношение правонарушителя к деянию и его результату в форме умысла и неосторожности⁴. Сырых В.М. пишет, что вина характеризует психическое отношение субъекта к ожидаемым результатам и последствиям противоправного деяния и выражается в двух формах – умисле и неосторожности⁵. Аналогичное понятие дает и А.Ф. Вишневский, определяя вину как психическое отношение субъекта к своему действию (бездействию), к его результатам⁶.

Морозова Л.А. отмечает: «Вину принято определять через психическое отношение лица к своему поведению и обусловленному им последствиям или к содеянному»⁷. Марченко М.Н. обращает внимание на то, что «вина означает понимание или осознание лицом противоправности (недопустимости) своего поведения и возникающих при этом последствий»⁸.

Этот же подход к вине принят и в науках уголовного и административного права.

¹ Оценочная теория вины была разработана Б.С. Утевским. См.: Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. – М.: Госюриздат, 1950. – 320 с.

² Курс советского уголовного права: В 6 т. – М.: Наука, 1970. – Т. 2. – С. 288.

³ Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права: Учеб. для вузов. – М.: Спарк, 2000. – С. 396.

⁴ Алексеев С.С. Государство и право: Учеб. пособ. – М.: ТК Велби, Проспект, 2006. – С. 60.

⁵ Сырых В.М. Теория государства и права: Учеб. – М.: Юстицинформ, 2004. – С. 391.

⁶ Вишневский А.Ф. Общая теория государства и права: Курс лекций. – Минск: Тесей, 2012. – С. 287. Аналогичное определение вины см.: Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учеб. – М.: Омега-Л, 2009. – С. 539.

⁷ Морозова Л.А. Теория государства и права: Учеб. – М.: Эксмо, 2009. – С. 387.

⁸ Марченко М.Н. Теория государства и права: Учеб. – М.: Проспект, 2011. – С. 625. См., также: Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права: Учеб. – М.: ТК Велби, Проспект, 2008. – С. 701.

Так, в учебнике по уголовному праву под редакцией В.Ю. Малаховой вина определяется как «психическое отношение лица к совершаемому им общественно опасному деянию и его последствиям, выраженное в форме умысла или неосторожности¹. Данное определение вины в уголовно-правовой литературе формулируется повсеместно².

Психологическая теория вины нашла свое воплощение и в отечественных отраслевых кодифицированных актах через определение понятия невиновности.

Согласно статье 28 УК Российской Федерации:

1. Деяние признается совершенным невиновно, если лицо, его совершившее, не осознавало и по обстоятельствам дела не могло осознавать общественной опасности своих действий (бездействия) либо не предвидело возможности наступления общественно опасных последствий и по обстоятельствам дела не должно было или не могло их предвидеть.

2. Деяние признается также совершенным невиновно, если лицо, его совершившее, хотя и предвидело возможность наступления общественно опасных последствий своих действий (бездействия), но не могло предотвратить эти последствия в силу несоответствия своих психофизиологических качеств требованиям экстремальных условий или нервно-психическим перегрузкам.

Аналогичная норма закреплена в ст. 2.2. КоАП Российской Федерации:

1. Административное правонарушение признается совершенным умышленно, если лицо, его совершившее, сознавало противоправный характер своего действия (бездействия), предвидело его вредные последствия и желало наступления таких последствий, или сознательно их допускало либо относилось к ним безразлично.

2. Административное правонарушение признается совершенным по неосторожности, если лицо, его совершившее, предвидело возможность наступления вредных последствий своего действия (бездействия), но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывало на предотвращение таких последствий либо не предвидело возможности наступления таких последствий, хотя должно было и могло их предвидеть.

¹ Уголовное право: Общая и Особенная части: Учеб. / Под ред. В.Ю. Малаховой. М.: Эксмо, 2011. – С. 120.

² Уголовное право: Общая часть: Учеб. / отв. ред. И.Я. Козаченко. – М.: Норма, 2009. – С. 275; Наумов А.В. Российское уголовное право: курс лекций: В 3 т. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – Т. 1. – С. 365; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. А.В. Бриллиантова. – М.: Проспект, 2010. – С. 69; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. В.И. Радченко; науч. ред. А.С. Михлин, В.А. Казакова. – М.: Проспект, 2010. – С. 29; Стрилец О.В. Принцип вины и проблемы его реализации в уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2007. – 25 с.

Таким образом, в самом общем виде, лицо предполагается виновным в следующих случаях:

- если оно осознавало и могло осознавать общественную вредность и противоправность деяния (в формальных составах правонарушений);
- предвидело возможность общественно вредных последствий, должно или могло было их предвидеть (в материальных составах правонарушений);
- предвидело возможность наступления общественно вредных последствий и могло их предотвратить (в материальных составах правонарушений).

Во всех случаях речь идет об осознании либо предвидении лица, т.е. о психических категориях. Осознание и предвидение характеризуют процессы, протекающие в сфере сознания лица, и поэтому являются признаками интеллектуального элемента вины.

Осознание общественной вредности и противоправности совершаемого деяния – это понимание его фактического содержания, общественного значения и того, что оно противоречит нормам права. Отражение всех этих обстоятельств в сознании виновного дает ему возможность осознать объективную направленность деяния на определенные социальные блага, его вредность для существующих общественных отношений. Осознание противоправности и общественной вредности деяния не требует, как правило, специального доказывания, поскольку способность осознавать социальное значение своих поступков присуща большинству лиц на основе их жизненного опыта и приобретенных знаний.

Предвидение – это отражение в сознании тех событий, которые произойдут, должны или могут произойти в будущем. Оно означает мысленное представление виновного о том вреде, который причинит или может причинить его деяние общественным отношениям.

Однако у вины, помимо интеллектуального, есть и второй – волевой элемент, который характеризует направленность воли субъекта на совершение правонарушения и наступления вредоносного результата. Волевой элемент вины может выражаться в желании причинения вреда (прямой умысел), в безразличном отношении к вреду (косвенный умысел), в недостаточном стремлении не допустить вред (легкомыслие), в отсутствие волевых актов, направленных на предотвращение вреда (небрежность).

Вышеизложенное представляет собой тезисное изложение представления о вине, традиционно существующего в теории права и в уголовном и административном праве.

В доктрине советского гражданского права охотно использовались общеправовое понятие вины и его психологическая сущность. Приведем лишь несколько цитат по этому вопросу.

Грибанов В.П. писал: «<...> под виной в гражданском праве понимается психическое отношение лица к своему противоправному поведению и к его результату, основанное на возможности предвидения и предотвращения последствий этого поведения»¹.

Матвеев Г.К. определял вину как психическое отношение нарушителя гражданского правопорядка в форме умысла или неосторожности к совершенному им противоправному действию и его последствиям².

Малеин Н.С. отмечал: «Вина как психическое отношение к действиям и их последствиям представляет собой субъективный момент, связываемый обычно с поведением отдельного конкретного лица <...>»³.

Подчеркивалось также, что вина является именно субъективным основанием ответственности⁴.

Психологический подход к вине присутствует и в современных исследованиях по гражданскому праву. Так, А.П. Сергеев пишет о вине следующее: «В этом субъективном условии ответственности находит свое выражение психическое отношение лица к совершенному им противоправному поведению и наступившим в результате этого последствиям»⁵.

«Вина неразрывно связана с сознанием и волей человека. Вне сознания и воли человека не может быть вины и ответственности. Она неразрывно связана и с деликтоспособностью субъекта. Психическое отношение возможно лишь у субъекта, обладающего свободой выбора вариантов поведения, свободой воли. Признаки, характеризующие вину (сознание, осознание, воля), характеризуют и субъекта правонарушения, т. к. вины нет у того субъекта, который не обладает указанными признаками. Вина – это психическое отношение, и возможно оно лишь в рамках сознания субъекта. Вина отражает связь внутреннего мира человека с внешним деянием, так как каким бы психическое отношение ни было порочным, оно безразлично для юридической ответственности, пока не опредметится в деянии субъекта»⁶.

¹ Грибанов В.П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей // Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2001. – С. 338–339.

² Матвеев Г.К. Вина в советском гражданском праве. – Киев: Изд-во Киевского ун-та, 1955. – С. 178.

³ Малеин Н.С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. – М.: Наука, 1968. – С. 48.

⁴ Кофман В.И. Причинная связь как основание ответственности по советскому гражданскому праву // Кофман В.И. Избранные труды по гражданскому и хозяйственному праву. – Екатеринбург: Бизнес, менеджмент и право, 2011. – С. 64.

⁵ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: учебно-практический комментарий (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева. – М.: Проспект, 2010. – С. 821.

⁶ Мироненко М.Б. Принципы юридической ответственности в системе принципов права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2001. – С. 11–12.

Комментаторы ГК Украины отмечают, что «вина в гражданском праве определяется как психическое отношение лица к своему противоправному поведению и его последствиям»¹.

Однако общеправовые, межотраслевые и гражданско-правовые научные представления о вине как о психическом отношении к противоправному поведению и его результатам не в полной мере корреспондируют действующим нормам гражданского законодательства стран СНГ.

Согласно ст. 401 ГК Российской Федерации лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства. Аналогичное определение в ст. 372 ГК Республики Беларусь.

В ГК Республики Казахстан должник признается невиновным, если докажет, что он принял все зависящие от него меры для надлежащего исполнения обязательства (ст. 359). Аналогичное определение закреплено в ст. 614 ГК Украины.

Таким образом, если невиновность определяется в теории права и в отраслях публичного права как неосознание, непредвидение, психофизиологическая неспособность предотвращения последствий (т.е. именно через внутренние психологические характеристики), то в гражданском праве – как совершение некоторых действий (т.е. через внешние характеристики).

Морозова Л.А. пишет, что вина в гражданском праве – это «непринятие мер для надлежащего исполнения обязательства с той степенью заботливости и осмотрительности, которая требовалась от него по характеру обязательства и условиям оборота»².

Обратим внимание, что из такого понимания вины невозможно сформулировать понятия ни умысла, ни неосторожности, хотя в ст. 401 ГК Российской Федерации, ст. 372 ГК Республики Беларусь, ст. 448.1 ГК Азербайджанской Республики упоминается, что вина может существовать только в этих двух формах.

Такое понимание вины в кодифицированных актах привело к тому, что стали говорить о том, что вина в гражданском праве является не субъективным, а объективным условием ответственности.

Так, Е.А. Суханов пишет: «<...> вина в гражданском праве, по общему правилу, рассматривается не как субъективное, психическое отношение лица к своему поведению, а как непринятие им объективно возможных мер по устранению или недопущению отрицательных ре-

¹ Гражданский кодекс Украины: Науч.-практ. комментарий / Под ред. Е.О. Харитонова. – Харьков: Одиссей, 2007. – С. 654.

² Морозова Л.А. – Указ. соч. – С. 387.

зультатов своих действий, диктуемых обстоятельствами конкретной ситуации»¹. Следствием объективистского понимания вины стало то, что в правоприменительной деятельности нередко смешиваются признаки вины и противоправности. Приведем несколько известных примеров из российской правоприменительной практики.

Арбитражный суд, рассматривая спор о привлечении к ответственности доверительного управляющего, сделал следующий вывод: «причинная связь между действиями (либо бездействием) доверительного управляющего и неблагоприятными имущественными последствиями, равно как противоправность поведения доверительного управляющего, которая состоит в неисполнении или ненадлежащим исполнении им своих обязанностей по договору, т.е. в неоявлении должной заботливости об интересах, обозначенных в договоре, должна быть доказана стороной, требующей соответствующего возмещения»². Мы видим, что суд ищет о противоправности как о неисполнении обязательства в виде неоявления должных мер для его исполнения.

Согласно ст. 401 ГК Российской Федерации, ст. 372 ГК Республики Беларусь, ст. 359 ГК РК неоявление таких мер является характеристикой вины, а не противоправности.

Однако стоит отметить, что суд здесь намного ближе к истине, чем законодатель: неисполнение обязанности и неоявление должной заботливости – это характеристики противоправности, а не вины и должны быть доказаны истцом, тогда как отсутствие вины доказывается ответчиком.

Приведем еще один пример смешения признаков противоправности и вины.

ОАО обратилось в Арбитражный суд с иском к Отделу вневедомственной охраны при УВД о взыскании ущерба, причиненного кражей автозапчастей. Суд первой инстанции, установив факт ненадлежащей охраны объекта работниками Отдела вневедомственной охраны, что явилось причиной совершения кражи, иск удовлетворил. Постановлением апелляционной инстанции решение оставлено без изменения.

Кассационная инстанция, соглашаясь с этими актами, отметила также следующее: «Условиями договора предусмотрена презумпция вины охраны, т.е. она освобождается от имущественной ответственности лишь в случаях, когда докажет отсутствие своей вины.

¹ Российское гражданское право: Учеб.: В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: Статут, 2010. – Т. 1. – С. 463. См., также: Захарова О.Н. Непреодолимая сила и гражданско-правовая ответственность: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Иркутск, 2005. – С. 19.

² Постановление ФАС Северо-Западного округа от 9 февраля 2010 г. по делу № А56-15610/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

Между тем таких доказательств ответчиком не представлено. Напротив, из имеющихся в материалах дела документов следует, что сторож Петрова Н.В., дежурившая в ночь с 25 на 26 июня, свои должностные обязанности исполняла ненадлежащим образом.

В нарушение требований Инструкции о внутриобъектовом режиме на охраняемом объекте, предписывавшей работнику охраны постоянно обходить охраняемый объект, такие обходы работником ответчика совершались нерегулярно. В результате на территорию предприятия проникли лица, совершившие хищение.

Вышеизложенное свидетельствует о ненадлежащем исполнении ответчиком договорных обязательств»¹.

Таким образом, суд устанавливал вину ответчика через выявление признаков, свидетельствующих о противоправности деяния (ненадлежащем исполнении договорных обязательств).

Действительно, принятие мер к исполнению обязательства относится к объективной стороне правонарушения. Неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства совершается в форме бездействия. Ненадлежащее исполнение – это в принципе то же бездействие в виде неполного, несвоевременного, неправильного, неточного исполнения, это неисполнение надлежащим образом.

Согласно общеправовому учению о бездействии, юридическая ответственность за него наступает, если лицо могло и должно было исполнить ту или иную обязанность.

Обратимся к определению бездействия в уголовном праве: «Для привлечения к уголовной ответственности за преступное бездействие необходимо иметь в виду не только характер и содержание преступного поведения, но и точно определить границы бездействия, при установлении которых необходимо учитывать следующие обстоятельства: а) обязанность лица выполнить определенное действие; б) возможность совершить его в данных условиях; в) невыполнение лицом тех действий, которые от него требуются <...>»².

Таким образом, противоправное бездействие – это несовершение лицом действий, которые оно должно было и могло совершить. Именно это мы видим в содержании ст. 401 ГК Российской Федерации, ст. 372 ГК Республики Беларусь, ст. 359 ГК РК при определении невиновности, которая предлагает устанавливать виновность через оценку принятия или непринятия мер (действий) для исполнения обязательства.

¹ Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 3 апреля 2001 г. по делу № А31-2400/3 // СПС «КонсультантПлюс».

² Уголовное право: Общая и Особенная части: Учеб. для вузов // Под ред. Н.Г. Кадникова. – М.: Городец, 2006. – С. 39.

При этом, подчеркнем, в теории права несовершенство действий, которые лицо должно было и могло совершить, свидетельствует о юридически значимом бездействии, а не о вине лица. Здесь не следует также путать признаки бездействия и небрежности как формы вины. При совершении небрежного правонарушения лицо должно было и могло *предвидеть последствия*, а не *совершить действия*, как и бездействие.

Другими словами, если правоприменительный орган установит, что лицо не должно было (объективные факторы) или не могло (субъективные факторы) выполнить обязанность, то констатируется отсутствие противоправного бездействия, и, как следствие, отсутствие объективной стороны, а не вины как субъективной стороны состава правонарушения.

Поэтому нормативное определение невиновности в действующих гражданско-правовых кодифицированных актах противоречит психологическому пониманию вины в теории права, раскрывается через признаки юридически значимого бездействия, а не через интеллектуальный и волевой признаки вины.

Такая ситуация заставляет суды искусственно и необоснованно «включать» объективные признаки бездействия в понятие вины лица.

Так, суды, отказывая во взыскании процентов за пользование чужими денежными средствами с бюджетных учреждений, указывали на их невиновность в связи с невыделением собственником имущества соответствующих средств: «Должник, будучи некоммерческой организацией, признается невиновным, если докажет, что он принял все зависящие от него меры для исполнения договорной обязанности.

Невыделение бюджетных средств учреждению, которое по статусу не вправе осуществлять предпринимательскую деятельность, а потому лишено иных источников доходов, может служить основанием для освобождения его от ответственности за неисполнение денежного обязательства <...>¹.

В таких случаях следует говорить о том, что лицо, бездействуя (не уплачивая денежные средства), должно было в силу требований закона и договора исполнить обязательство, но не могло это сделать в силу субъективных особенностей (неперечисления собственником денежных средств, запрета предпринимательской деятельности, отсутствия в связи с этим других доходов). Следовательно, противоправное бездействие отсутствует, и именно по этой причине исключается гражданско-правовая ответственность.

В связи с этим, если при той степени заботливости и осмотрительно-

¹ ФАС Волго-Вятского округа «Обобщение практики применения статьи 120 Гражданского кодекса Российской Федерации в части привлечения к субсидиарной ответственности собственника учреждения»// СПС «КонсультантПлюс».

сти, какая от лица требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно не должно было или не могло принять все меры для надлежащего исполнения обязательства, то это свидетельствует об отсутствии противоправности, а не вины.

Вина, как и невиновность, может определяться исключительно через категории осознания, предвидения (интеллектуальные признаки вины) и желания, нежелания, допущения последствий (волевые признаки вины), иначе это уже не вина, а какое-либо иное понятие.

Безусловно, правоприменительные органы, разрешая гражданские дела, пытаются выйти на психологическое понимание вины.

По одному из дел арбитражный суд сформулировал следующую правовую позицию: «Согласно п. 2 ст. 401 ГК Российской Федерации отсутствие вины доказывается лицом, нарушившим обязательство, т.е. именно данное лицо должно доказать, что оно не должно было и не могло предвидеть наступления <...> последствий»¹.

Однако с учетом буквального толкования ст. 401 ГК Российской Федерации для привлечения к ответственности за нарушение обязательства юридически безразлично, осознавало ли лицо противоправность и общественную вредность деяния, предвидело ли наступление последствий. Термины «предвидение последствий», «осознавание противоправности», «желание последствий» гражданское законодательство вообще не содержит.

Все попытки судов использовать именно психологическое понимание вины не находят, за редкими исключениями, нормативной поддержки. Приведем пример такого исключения из текста российского ГК. Статья 1472 ГК Российской Федерации устанавливает, что лицо, которое использовало секрет производства и не знало и не должно было знать о том, что его использование незаконно, в том числе в связи с тем, что оно получило доступ к секрету производства случайно или по ошибке, не несет ответственность за убытки. Таким образом, в этом случае лицо не будет привлечено к гражданско-правовой ответственности, если «не знало и не должно было знать о противоправности своего деяния».

Осознавание лицом противоправности и общественной вредности своего поведения, а также предвидение его последствий – характеристики интеллектуального элемента вины.

По общему правилу, осознавание противоправности не требует специального доказывания, поскольку большинство участников граждан-

¹ Постановление Семнадцатого Арбитражного апелляционного суда от 11 февраля 2010 г. № 17АП-12819/2009-ГК по делу № А50-17104/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

См также: Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 1 февраля 2010 г. № 17АП-12786/2009-ГК по делу № А50-20763/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

ского оборота понимают фактическое содержание и общественное значение своего гражданского правонарушения (например, неплатежа по договору) с учетом жизненного опыта и приобретенных знаний.

Доказать, что лицо не осознавало и не могло по обстоятельствам дела осознавать противоправности по гражданским делам, крайне сложно. Однако это практически единственная возможность доказать свою невиновность в правонарушениях с формальным составом.

Приведем пример из судебной практики.

Так ОАО обратилось с иском о взыскании с ТОО задолженности в связи с невыполнением обязательств. Требования истца основаны на договоре взаимной поставки товаров, в соответствии с которым ОАО обязано поставить фурнитуру, а ТОО принять указанный товар в обмен на мебель своего производства. Во исполнение договорных обязательств поставщик выполнил свои обязательства, поставив покупателю фурнитуру.

Решением суда первой инстанции в удовлетворении иска отказано, поскольку суд пришел к выводу о надлежачем исполнении должником обязанности по поставке мебели, приняв в качестве доказательства по делу доверенность, на основании которой по товарно-транспортной накладной истцом получена мебель.

Постановлением апелляционной инстанции решение отменено и исковые требования ОАО удовлетворены в полном объеме, поскольку заключением эксперта было установлено, что подписи в доверенности выполнены не руководителем и бухгалтером ОАО, а другими лицами. В связи с этим суд апелляционной инстанции пришел к выводу о том, что факт получения мебели истцом по такой доверенности не доказан, обязательство по поставке мебели было произведено ТОО лицу, не являющемуся его кредитором.

Кассационная инстанция поддержала выводы апелляционной инстанции, дополнив их следующим: «В силу п. 2 ст. 401 ГК Российской Федерации презумпция вины лежит на должнике. Именно он должен доказать, что передача мебели ненадлежащему получателю явилась результатом умысла или грубой неосторожности со стороны кредитора. Такие доказательства в материалах дела отсутствуют. Допущенная неосторожность в поведении ответчика является правовым основанием для возложения на него ответственности за выявленное правонарушение»¹.

Проанализируем судебные решения по данному делу. Однако следует оговориться, что участниками договора являлись предприниматели, для которых законодательство устанавливает безвиновную ответственность (что, к сожалению, часто не учитывается судами), поэтому все

¹ Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 17 июля 2001 г. по делу № А11-4382/98-Е-9/257 // СПС «КонсультантПлюс».

нижеследующие рассуждения о вине имеют значение только в непредпринимательских отношениях.

Ответчик совершил противоправное поведение – не поставил мебель (не исполнил соответствующее обязательство по договору). Однако он не осознавал противоправности своего поведения, поскольку считал, что исполнил это обязательство, передав его по доверенности, которая, как выяснилось впоследствии, оказалась фиктивной. А вот вопрос о том, мог ли он по обстоятельствам дела осознавать противоправность своего поведения, т.е. была ли у него возможность определить фиктивность доверенности, судами вообще не выяснялся. Судом кассационной инстанции допущено очевидное неверное толкование ст. 401 ГК Российской Федерации – она не предусматривает, что единственным доказательством невиновности ответчика является доказательство им умысла или грубой неосторожности истца (кредитора).

Важно также отметить, что многие гражданские правонарушения, особенно договорные – это правонарушения с формальным составом, поэтому оценка предвидения вредных последствий для них юридически излишня.

В правонарушении с формальным составом интеллектуальный элемент вины состоит в осознании противоправности деяния и лицо невиновно, если будет доказано, что оно не осознавало и не могло осознавать противоправность своего деяния.

Предвидение последствий противоправного поведения как признак интеллектуального элемента вины в праве имеет значение только в правонарушениях с материальным составом – это причинение убытков (в договорных отношениях) или вреда (в деликтных отношениях).

Интеллектуальный элемент вины в правонарушениях с материальным составом заключается в осознании противоправности и причинной связи деяния с убытками (вреда), а также в предвидении убытков (вреда). В таких правонарушениях лицо признается невиновным, если оно не осознавало и не могло осознавать противоправности (неправомерности своего поведения) деяния либо осознавало противоправность деяния, но не предвидело, не могло и не должно было предвидеть вред.

В первом случае доказательство неосознавания противоправности исключает предвидение вредных последствий, и поэтому последнее не нуждается в самостоятельном доказывании.

Так, Территориальное управление Федерального агентства по управлению федеральным имуществом обратилось с иском к ООО с требованием о взыскании убытков, составляющих стоимость земельного участка и образовавшихся от незаконного строительства жилого многоквартирного дома на данном земельном участке, находящемся в федеральной соб-

ственности и предоставленном в постоянное (бессрочное) пользование учреждению Министерства обороны – Читинской КЭЧ.

Решением суда иски удовлетворены полностью. Постановлением апелляционного суда решение оставлено без изменения.

Однако суд кассационной инстанции отменил указанные акты и в иске отказал, установив следующее.

ООО осуществляло строительство на основании договора о сотрудничестве, который впоследствии был признан незаключенным, а распоряжение главы администрации города «Об утверждении акта выбора земельного участка» отменено.

Одним из оснований к отказу в иске явилось отсутствие вины ответчика в спорном правоотношении.

В постановлении кассационной инстанции указано, что наличие или отсутствие вины следует определять на момент совершения действий, повлекших причинение убытков. В данном случае таким моментом являлось подписание договора о сотрудничестве и начало проведения строительных работ, поскольку именно с этого момента земельный участок был занят строящимся объектом недвижимости, что повлекло нарушение прав истца.

Ответчик, возражая против заявленных требований, указал, что на момент подписания договора о сотрудничестве и начала строительства, т.е. до того, как указанный договор был признан незаключенным, распоряжение главы администрации «Об утверждении акта выбора земельного участка» было отменено, Читинская КЭЧ, выступая как заказчик, обладала всеми необходимыми документами, достаточными для организации и проведения строительства многоквартирного жилого дома, предусмотренными законодательством Российской Федерации.

При таких обстоятельствах суд пришел к выводу о том, что ответчик доказал отсутствие своей вины в причинении убытков в виде реального ущерба, связанного с фактической утратой земельного участка истцом¹.

Таким образом, ответчик на момент совершения правонарушения не осознавал и не мог осознавать противоправности своего деяния (строительства без надлежащих разрешений). В таких случаях предвидение или непредвидение возможных убытков юридически безразлично.

Второй элемент понятия вины – волевой. Одним из первых волю в гражданском праве определил В.А. Ойгензихт как «психическое регулирование поведения, заключающееся в детерминированном и мотивированном желании <...> цели, в выборе решения, разработке путей,

¹ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 11 января 2008 г. № А78-3157/07-Ф02-9558/07 // СПС «КонсультантПлюс».

средств и применения усилий для их осуществления»¹. В современной литературе по гражданскому праву волю определяют как «внутренний психический процесс, результатом которого является совершение юридического действия, регулируемого гражданским правом»².

В правонарушениях с материальным составом воля в вине проявляется в желании причинить вред (прямой умысел), в безразличном отношении к вреду (косвенный умысел), в стремлении недопущения вреда (легкомыслие), в отсутствии актов, направленных на предотвращение вреда (небрежность).

Волевой элемент в умышленных правонарушениях проявляется в том, что лицо сознательно направляло усилия на достижение противоправного результата (желание).

Волевой элемент в неосторожных правонарушениях заключается в том, что лицо не направляло необходимые усилия на предотвращение результата, хотя должно было и могло это сделать (нежелание).

В правонарушениях с формальным составом наличие вреда не является обязательным элементом правонарушения, поэтому определять в них волю в вине через отношение лица к какому-либо объективированному вреду нецелесообразно.

Сенина Ю.Л. высказала мнение, что «вину следует определять как психическое отношение лица к своему противоправному поведению. Субъект либо желает достижения определенного противоправного результата (умышленная форма вины), либо, осознавая возможность наступления противоправного результата, не предпринимает никаких действий, чтобы его предотвратить (грубая неосторожность), или совершает незначительные попытки не допустить противоправный результат (простая неосторожность)»³.

Недостаток такого понимания форм вины применительно к правонарушениям с формальным составом заключается в том, что если под противоправным результатом понимать исключительно убытки, которые в таких правонарушениях как элемент состава отсутствуют, то, как следствие, желание, нежелание, непредотвращение противоправного результата юридического значения не имеют.

Наиболее верным решением этой проблемы, на наш взгляд, должно быть понимание в этой ситуации противоправного результата не как какого-либо реального вреда, а как неисполнения обязательства. Не-

¹ Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление (Очерки теории, философии и психологии права). – Душанбе: Ирфон, 1983. – С. 24.

² Сенина Ю.Л. Категория воли в гражданском праве России: в аспекте гражданско-правовой сделки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Томск, 2006. – С. 6.

³ Там же. – С. 6–7.

своевременная оплата по договору является, с одной стороны, противоправным деянием должника в форме бездействия, с другой стороны, противоправным результатом (нарушением договора). В таком понимании противоправное поведение и результат формально совпадают. Однако такой подход позволяет нам обнаружить волю в правонарушениях с формальным составом. В таких правонарушениях противоправный результат в виде убытков (вреда) не имеет юридического значения, не нуждается в самостоятельном доказывании, однако это не означает, что он отсутствует.

Например, просрочка по договору может быть допущена умышленно или по неосторожности: возможно, должник желал не исполнять обязательство, т.е. намеренно никаких волевых усилий не предпринимал, например, для своевременной оплаты по договору (умысел), возможно, не желал, предпринимал какие-то усилия для исполнения обязательства, но не все, которые он должен был и мог совершить для исполнения обязательства (неосторожность).

Большинство гражданских правонарушений с формальным составом совершаются по неосторожности – лицо либо стремилось не допустить противоправный результат (исполнить обязательство), но предпринятые меры оказались недостаточными, либо не совершало никаких волевых актов, направленных на предотвращение противоправного результата (исполнение обязательства), хотя должно было и могло их совершать.

Примеры умышленного совершения гражданского правонарушения крайне редки. Проиллюстрируем умышленную форму вины следующим делом.

ООО обратилось в суд с иском к двум ответчикам о взыскании солидарно убытков, причиненных истцу сносом принадлежащего ему гаража.

Гараж принадлежал на праве собственности Обществу. Земельный участок под гаражом площадью 1485 кв. метров был предоставлен на праве аренды. Гараж был демонтирован ответчиками при выполнении работ по реконструкции стадиона, порученных ответчикам по государственному контракту.

Суды первых трех инстанций, признавая заявленный иск необоснованным, исходили из того, что поручение о сносе гаража было дано министерством – заказчиком по реконструкции стадиона, и это исключает наличие вины в действиях ответчиков.

Однако ВАС Российской Федерации исковые требования удовлетворил, указав на следующее.

Пунктом 1 ст. 1064 ГК Российской Федерации предусмотрено, что вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также вред, причиненный имуществу юридического лица, подлежит возмещению в

полном объеме лицом, причинившим вред.

Суд при рассмотрении требования о возмещении внедоговорного вреда должен установить наличие вреда и его размер, противоправность поведения лица, причинившего вред, причинную связь между наступившими убытками и действиями (бездействием) причинителя вреда, а также его вину, за исключением случаев, когда ответственность наступает без вины.

Суды, не опровергая факта наступления у истца убытков, вместе с тем, сославшись на п. 2 ст. 1064 ГК Российской Федерации, не усмотрели в их поведении вины – необходимого условия для возмещения убытков. Из данной нормы права следует, что лицо, причинившее вред, освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине.

Однако данный вывод об отсутствии вины ответчиков сделан судами без учета того, что закон, исходя из презумпции вины причинителя вреда и освобождения потерпевшего от доказывания его вины, преследует определенную цель – обеспечить тем самым восстановление имущественных прав потерпевшего лица.

«Суды, сославшись на снос гаража по заданию заказчика, не приняли во внимание того, что ответчики, исполняя это задание, влекущее гибель объекта недвижимости как очевидный факт и последующее прекращение права собственности на него, не оценили возможность его выполнения без нарушения законов, охраняющих право частной собственности, а также принцип генерального деликта (всякое причинение вреда презюмируется противоправным).

При указанных обстоятельствах и в отсутствие доказательств, свидетельствующих о проявлении ответчиками должной степени заботливости и осмотрительности при демонтаже гаража, вывод судов об отсутствии в их действиях вины не может быть признан обоснованным.

Поскольку причинение вреда другим лицам, в том числе при выполнении своих обязательств перед контрагентами, является недопустимым, нарушенные при этом права потерпевшего подлежат восстановлению в виде возмещения причиненных этому лицу убытков»¹.

Таким образом, суд установил, что ответчики, производя снос гаража, осознавали и могли сознавать противоправность своих действий (исходя из принципа генерального деликта) и желали причинения вреда, т.е. совершил деяние умышленно.

Таким образом, вина правонарушителя – это интеллектуально-волевое отношение лица в форме умысла или неосторожности к совершаемому противоправному деянию и его результату. Понятие вины с учетом суще-

¹ Постановление Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 27 июля 2010 г. № 4515/10 // СПС «КонсультантПлюс».

ствующих межотраслевых связей и зависимостей должно быть в праве унифицировано и базироваться на психологической теории вины.

Поведенческий подход к вине в гражданском праве ведет к необоснованному смешению понятий вины и противоправности в форме бездействия, а также к невозможности определения умысла и неосторожности, поскольку последние могут существовать только в категория интеллекта и воли.

Интеллектуально-волевой подход к вине позволяет дефинировать формы вины в гражданском праве.

Гражданское правонарушение признается совершенным умышленно, если лицо осознавало противоправность своего деяния, предвидело противоправный результат, желало его наступления либо относилось к нему безразлично.

Гражданское правонарушение признается совершенным по неосторожности, если лицо осознавало противоправность своего деяния, предвидело возможность наступления противоправного результата, но безосновательно рассчитывало на его предотвращение либо не предвидело, но при необходимой внимательности и осмотрительности должно было и могло предвидеть.

МЕХАНИЗМЫ НЕЭКВИВАЛЕНТНОГО ОБМЕНА РЕЗУЛЬТАТАМИ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В НОРМАТИВНЫХ АКТАХ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ВСЕМИРНОЙ ТОРГОВОЙ ОРГАНИЗАЦИИ

Павлов Владимир Павлович, доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права Финансового университета при Правительстве Российской Федерации

Аннотация: в статье рассматриваются проблемные вопросы перехода Российской Федерации на инновационную модель развития, исследуются вопросы внешнеторгового оборота результатов интеллектуальной деятельности, анализируется зарубежная практика, приводятся объемы расходов на образование, здравоохранение, науку, культуру и стимулирование экономического роста государствами, реализующими модель социального развития.

The summary: in article problem questions of transition of the Russian Federation on innovative model of development are considered, questions of the foreign trade turnover of results of intellectual activity are investigated, foreign practice is analyzed, are resulted volumes of expenses for education, public health services, a science, culture and stimulation of economic growth by the states realizing model of social development.

Поступила 10.09.2012 г.

Опыт развитых стран показывает, что внешнеторговый оборот результатов интеллектуальной деятельности (далее – РИД) является эффективным средством опережающей модернизации технологической базы страны, повышения культуры производства, обеспечения занятости национальных рабочих кадров, лидерства в научных исследованиях.

Торговый оборот РИД осуществляется путем заключения договоров об отчуждении исключительного права (ст. 1324 ГК Российской Федерации) и лицензионных договоров (ст. 1235 ГК Российской Федерации). В гражданском праве признается равенство участников отношений вне зависимости от их гражданства (п. 1. ст. 1 ГК Российской Федерации, п. 1 ст. 2 ГК Российской Федерации).

Казалось бы, что указанные предпосылки с течением времени должны были привести к выравниванию технологического потенциала развитых и развивающихся стран в процессе товарооборота РИД. Однако этого не происходит. Более того, мы наблюдаем неуклонную деградацию промышленности большинства новых стран, которые образовались на территории СССР – бывшего лидера в сфере высоких технологий и освоения космоса. При этом возникает вопрос о нормативно закреплении

ных на международном и национальном уровне механизмах опережающего развития уже развитых стран по сравнению с развивающимися и со странами с переходной экономикой.

Развитые страны (Евросоюз, США, Япония) и ТНК, базирующиеся в этих странах, реализуют модель развития в рамках правовой базы Всемирной торговой организации, в частности Соглашения о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (ТРИПС). Основным инструментом реализации этой модели является неэквивалентный обмен с развивающимися странами. Известно, что в условиях свободного конкурентного рынка неэквивалентный обмен невозможен. Поэтому основной задачей сторонников этой модели является устранение свободы конкуренции из сферы своей деятельности. Для решения этой задачи необходимо выполнение двух условий: 1) монополия продавца товаров; 2) монополия покупателя товаров. Развитые страны реализуют оба этих условия. Через систему ТНК, местом базирования головных компаний которых являются Евросоюз и США, в этих странах концентрируются права на результаты интеллектуальной деятельности из дочерних предприятий и зависимых обществ во всем мире.

Действующие в России ТНК осваивают российский рынок не для создания в России высокотехнологичных промышленных предприятий, а для сбыта своей готовой промышленной продукции при недопущении конкуренции со стороны отечественного производителя. Достижению этой цели способствует содержание п. 2 (1) ст. 1358 ГК Российской Федерации, согласно которой ввоз на территорию Российской Федерации для целей введения в гражданский оборот предмета, в котором использовано изобретение, считается правомерным использованием изобретения.

Благодаря этой норме иностранный предприниматель получает российский патент на РИД и вместо того, чтобы организовать в стране патентования современное производство запатентованной продукции с привлечением национальных рабочих кадров, что изначально является целью патентной системы, разворачивает высокотехнологичное производство в своей стране, создает там рабочие места, а прибыль от ее реализации на законных основаниях получает в другой стране (в частности, в России).

Возникает вопрос, каким образом в ГК Российской Федерации могла появиться норма, которая противоречит основной доктрине патентного права и национальным интересам страны патентования?

Можно предположить, что данная норма заимствована из законодательства ЕЭС в процессе реализации Соглашения о партнерстве и сотрудничестве между Россией и ЕЭС. В рамках единого товарного рынка стран ЕЭС эта норма оправдана тем, что входящие в эту структуру госу-

дарства в силу исторически сложившейся специализации промышленности имеют передовые технологии в ограниченном количестве отраслей.

Например, Швейцария – в текстильной промышленности и производстве часов, Италия – в лакокрасочной промышленности. Поскольку развитие всех отраслей промышленности на передовом уровне экономически невозможно в рамках этих карликовых по сравнению с Россией государств, оптимальным было решение о взвозном патенте на территорию каждого из государств, входящих в ЕЭС. Российский законодатель в условиях, когда страна не является членом ЕЭС, воспринял эту норму и тем самым создал условия для нарушения основного принципа патентного права на своей территории.

Вместе с тем некоторые ТНК, пройдя этот путь в ускоренном варианте, начали создавать в сотрудничестве с российскими партнерами совместные предприятия для разработки проектной документации, производства промышленных образцов, в том числе по товарам серийного выпуска. Это стало особенно характерным для инвесторов в производство электроники и ряда электротехнических товаров. Появился ряд организаций под 100 %-ным иностранным контролем.

80 ТНК, действующих в России, охватывает четырнадцать весьма важных отраслей: электронная и электротехническая промышленность (19 КТНК), автомобилестроение (12), нефтедобыча (9), химия (II), пищевая и пищевкусовая промышленность (7), торговля и прочие услуги (7), фармацевтика (5), промышленность по производству научных приборов, фотоаппаратуры и фотоматериалов (2), тяжелое машиностроение (1), авиа-космическое производство и инновационные услуги (2), транспортное и дорожное машиностроение (1), производство строительных материалов (1), ресторанные услуги (1) и, наконец, производство предметов косметики и личной гигиены (2).

Американские ТНК представлены в 11 из 14 вышеперечисленных отраслей. Особенно их позиции прочны в электронной и электротехнической промышленности – 6 КТНК из 19, а также в нефтедобыче – 4 из 9. Японские ТНК широко представлены в сфере торговых и прочих услуг – 6 из 7, а также в электронной и электротехнической промышленности – 6 из 19, кроме того, японские ТНК обнаружены в российской химии, а также в автомобилестроении.

Предлагая развивающимся странам высокотехнологичную продукцию предыдущего поколения, они закладывают в ее цену неэквивалентный по трудозатратам размер интеллектуальной ренты, которую оплачивает покупатель. Одновременно развитые страны покупают необходимое им сырье и полуфабрикаты по рыночной цене, которая устанавливается в результате конкуренции на внешнем рынке среди поставщиков.

Однако, среди стран – поставщиков сырья есть и страны с высоким научно-техническим потенциалом, например, Россия. Эти страны ведут между собой торговлю высокими технологиями по тем сравнительно невысоким ценам, которые могут оплатить покупатели. Таким образом, образуется две параллельные системы товарооборота высокотехнологичной продукции с разным уровнем цен: одна – России и развивающихся стран, другая между экономически развитыми странами. Обособленность этих систем товарооборота до последнего времени препятствовала неэквивалентному обмену при приобретении Западом высоких технологий у России. Вступление России в ВТО снимает для Запада эту проблему.

Для обеспечения неэквивалентного обмена с такими странами при приобретении Западом высоких технологий в области авиации и космонавтики предусмотрены нормы ВТО. Согласно ст. 11,14. ТРИПС от 1995 г. любая третья сторона, например, предприниматели из США или Евросоюза, имеет право требовать продажи ей высокотехнологичной продукции на тех же условиях, на которых уже совершена аналогичная сделка любыми другими лицами.

Действующее законодательство оставляет вопросы государственной регистрации вновь созданных РИД на усмотрение работодателя (п. 4 ст. 1370 ГК Российской Федерации). ФЗ «О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами» оперирует лишь с зарегистрированными РИД.

В связи с неполнотой нормативного регулирования остается неохваченным большой массив РИД военного, специального и двойного назначения, государственная регистрация которых нормативно поставлена в зависимость от частных интересов изобретателей и организаций-разработчиков, которые не всегда совпадают с интересами государства по вовлечению в легальный оборот этой категории РИД. Отсутствие нормативных гарантий защиты экономических интересов создателей и четкой дифференциации прав участников отношений по использованию РИДВСДН дает негативные результаты.

Подконтрольной федеральным органам исполнительной власти остается только некоторая часть РИДВСДН, полученных за счет средств государственного бюджета.

Такое положение дел служит предпосылкой для торгово-посреднической деятельности обладателей частичных прав, со всей совокупностью прав на РИДВСДН. На практике это позволило транснациональным корпорациям запатентовать сотни российских изобретений, применяемых на самых современных образцах военной техники.

Так, в 1997 г. корпорация АВВ запатентовала способ изготовления

лопатов авиадвигателей, что чревато «неожиданным эффектом для российских организаций – разработчиков и производителей двигателей истребителей Сухого «Люлька-Сатурн» и «Салют».

Американская Lockheed Corp. обладает правами на изобретенную в России силовую установку для самолета вертикального взлета и посадки.

Французская ГНК Thomson запатентовала способ обработки ответных сигналов вторичной радиолокационной системы самолетов.

Корпорация United Technologies получила в России шесть патентов в области создания беспилотных летательных аппаратов – одного из самых перспективных направлений развития авиатехники.

В целом по оценке специалистов Федерального агентства по правовой защите результатов интеллектуальной деятельности военного и двойного назначения, масштабы «патентной агрессии» против России достигают огромных размеров. В результате этого Россия сталкивается с весьма серьезными правовыми проблемами при продвижении своего новейшего наукоемкого оружия на мировом рынке.

Анализ соответствующей зарубежной практики показывает, что указанные недостатки правового регулирования устраняются путем создания таких нормативных предписаний, которые не только делают экономически невыгодным для разработчиков утаивание от государственной регистрации созданных ими РИД, но и влекут за собой серьезные имущественные санкции для тех предпринимателей, которые незаконно приобрели сведения о РИД от работников других организаций.

Например, в США режим секретности распространен на две категории изобретений, раскрытие которых может нанести ущерб национальной безопасности. К первой категории отнесены изобретения, в отношении которых правительство имеет имущественный интерес. В этом случае правительство выступает инициатором сохранения изобретения в тайне.

Изобретения, в отношении которых правительство не имеет имущественного интереса, отнесены ко второй категории. Заявки на такие изобретения передаются для изучения Комиссии по атомной энергии, министру обороны и главе каждого другого министерства или правительственного органа, который отнесен Президентом к числу оборонных учреждений Соединенных Штатов. По этим категориям заявок выдача патентов приостанавливается на срок не более одного года, после чего этот срок продлевается еще на один год по ходатайству заинтересованного государственного органа. (§ 181 гл. 17 раздела 35 Свода законов США).

Недозволенное раскрытие заявителем или с его ведома другими лицами материалов заявки лишает его права на изобретение (§ 182, § 185 гл. 17 раздела 35 Свода законов США). Санкцией за нарушение режима секретности изобретения, применяемой к любому лицу, которое умыш-

ленно раскрыт сведения о ней, является штраф в размере до 10 тыс. долл., или тюремное заключение на срок до двух лет, или оба наказания одновременно (§ 186 гл. 17. раздела 35 Свода законов США). В СССР указанные функции выполняло «Управление по охране прав изобретателей и централизованной выплате вознаграждения» при Госкомизобретений СССР, куда любой изобретатель мог обратиться для решения спорных вопросов о выплате вознаграждения, возникших на ведомственном уровне с администрацией предприятия или отрасли.

Активно используются странами Запада и приемы недобросовестной конкуренции. Приглашая ученых из стран СНГ участвовать в конкурсе на финансирование научно-исследовательских работ, организаторы предлагают раскрыть не только программы исследований, но и методологию, технику, технологию.

Указанная свodka данных представляет независимую экономическую ценность вследствие своей уникальности. Например, в США в соответствии с «Единым законом о коммерческих секретах», указанная информация в области энергетики, возобновляемых источников энергии относится к коммерческим секретам. Поэтому принимающая сторона согласно Акту об авторском праве США от 1976 г. и разделам 101–810 Кодекса № 17 США обязана либо заключить письменное соглашение о секретности при передаче автором данной информации, либо предупредить о снятии с себя обязательств по сохранению в тайне представленной информации.

Российский законодатель, указав в п. 1 ст. 1395 ГК Российской Федерации на необходимость подачи первоначальной заявки в Роспатент за шесть месяцев до патентования изобретения в иностранном государстве, не предусмотрел никаких санкций к гражданину, нарушившему этот порядок в том случае, если изобретение не является секретным.

Таким образом, пробелы в гражданском законодательстве России создают условия для беспрепятственного присвоения объектов интеллектуальной собственности, что квалифицируется в рамках стран с развитым законодательством, как правонарушение.

Следует отметить, что механизмы недобросовестной конкуренции являются предметом особого внимания стран – участниц ВОИС (Ст. 2 viii Конвенции, учредившей ВОИС 14 июля 1967 г.). Однако ни в принятую в декабре 2006 г. Часть IV ГК Российской Федерации, ни в находящийся в настоящее время на рассмотрении в Государственной Думе Российской Федерации Проект изменений и дополнений в ГК России, защита от недобросовестной конкуренции, как объект правового регулирования, не вошла.

В свою очередь, предприниматели стран – поставщиков сырья, не

имея возможности извлекать прибыль из торговых операций на внешнем рынке, используют свое монопольное положение на внутреннем рынке в качестве покупателей товара другого рода – рабочей силы. По подсчетам академика Глазьева отечественный рабочий на 1 рубль заработной платы производит в 4 раза больше продукции, чем в странах Западной Европы. Если же брать в расчет оплату труда рабочих иммигрантов (гастарбайтеров) из стран бывшего СССР, то уровень прибыли будет еще выше.

Объективную оценку вида модели и места России в рамках этой модели можно дать из анализа динамики структуры федерального бюджета начиная с 2009 г.

В соответствии со ст. 7 Конституции, Российская Федерация является социальным государством, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека. Показателем приоритета социальных ценностей должны стать широко рекламируемые в средствах массовой информации целевые программы. Однако структура названных бюджетов показывает обратное.

При практически одинаковых суммах бюджета в 2009 и 2011 гг., на национальную экономику снижение расходов бюджета с 2009 г. по 2011 г. – 10% (9,9% против 19,5 %); на образование 3,4 % против 4,0%; на жилье – более чем в два раза (0,6% против 1,3 %). Из этих цифр видно, что ни национальная экономика, ни образование, ни жилье не являются приоритетными для правительства.

Мировая практика свидетельствует, что современные государства, которые реализуют модель социального развития, расходуют на образование, здравоохранение, науку, культуру и стимулирование экономического роста $\frac{2}{3}$ своего бюджета. Примерно $\frac{1}{4}$ из бюджетных средств расходуется на оборону и безопасность. У нас пропорция обратная. Сравнительный анализ бюджетов 150 стран показывает, что структура бюджета нашего государства архаична и соответствует модели государства образца конца XIX века, когда основные расходы государства приходились на оборону и полицейские функции. Этих расходов у нас в 1,5 раза больше, чем на социальные нужды.

У развитых стран соотношение расходов на развитие к названным функциям составляет $\frac{4}{1}$. Пропорция наших расходов равна $\frac{2}{1}$. На здравоохранение у нас расходуется 3,3 % от валового продукта. Это в полтора раза меньше, чем закреплено в минимальных нормах ВОЗ. На образование у нас расходуется 3,4% ВВП вместо принятых 8 % в развитых странах. Для поддержания простого воспроизводства требуется направлять 30 % ВВП. В России 2 млн. работников бюджетной сферы, у которых зарплата в 3 раза ниже прожиточного минимума. Ни в Украине, ни

в Беларуси, ни в Казахстане такого нет.

При этом по объему национального богатства мы находимся на первом месте в мире. Сырьевая экономика, на которую переориентирована Россия, не может дать более 2–3% темпов роста в год. Как следствие мы наблюдаем дезинтеграцию экономики и деградацию социальной сферы.

По оценке А. Зиновьева: «трансформация России с 1991 г. представляет собой разрушение целостной социальной системы, охватывавшей весь советский период и возникновение на территории России отдельных очагов капитализма, на общем фоне натурального способа производства периода феодализма, в который отброшена вся страна»¹. Этот сценарий полностью вписывается в перспективы реализации западной модели с золотым миллиардом во главе и расчленением России на три независимых государства.

Таким образом, провозглашенный правительством переход на инновационную модель развития требует первоочередного устранения противоречий и пробелов в ГК Российской Федерации, создающих условия для реализации неэквивалентного обмена в торговле РИД с иностранными партнерами.

¹ Зиновьев А. Запад. – М.: Центрполиграф, 2000. – С. 122–124.

ПРАВОВЫЕ УСЛОВИЯ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВ ПАРТНЕРОВ В УКРАИНЕ

(по Закону о государственно-частном партнерстве)

Шаповалова Ольга Викторовна, доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой хозяйственного права Восточноукраинского национального университета имени Владимира Даля, г. Луганск

Аннотация: в статье проводится анализ нормативных правовых актов Украины, направленных на создание эффективных правовых условий развития государственно-частного партнерства; исследуется первый опыт реализации специальных нормативных правовых актов, нормы которых опосредуют процедуру развития отдельных форм государственно-частного партнерства, рассматриваются перспективы развития государственно-частного партнерства на основе анализа мирового опыта, делается вывод о несовершенстве законодательства Украины, сдерживающего развитие государственно-частного партнерства на ее территории.

The summary: in article the analysis of standard legal certificates of Ukraine directed on creation of effective legal conditions of development of state-private partnership is carried out; the first experience of realization of the special standard legal certificates which norms mediate procedure of development of separate forms of state-private partnership is investigated, prospects of development of state-private partnership on the basis of the analysis of world experience are considered, the conclusion about imperfection of the legislation of Ukraine constraining development of state-private partnership in its territory becomes.

Поступила 15.10.2012 г.

Признание очевидных экономических провалов и правовых неудач приватизации в сфере использования инфраструктуры в Украине позволяет законодателю реабилитироваться, создав надлежащие правовые условия для реализации прав частных партнеров. Правовое обеспечение эффективности государственно-частного партнерства (далее – ГЧП) признают популярным предметом исследования в различных областях знаний. Юриспруденция не стала исключением и за последние три года в Украине по проблематике государственно-частного партнерства проведены комплексные исследования и защищены диссертационные работы по темам: «Аренда имущества как форма государственно-частного партнерства», «Хозяйственно-правовые основы государственно-частного партнерства», «Правовое регулирование концессии», «Договорный механизм реализации государственно-частного партнерства» и другие.

Перспективы развития ГЧП в странах постсоветского пространства исследователями, в основном, оцениваются положительно. Однако представляется, что на практике этим странам еще предстоит пройти через противоречия экономической и правовой квалификации многочисленных моделей,

типов и форм государственно-частного партнерства.

Например, Р.Р. Томковичем выявлены прикладные формы ГЧП в банковской сфере в условиях существенного влияния государства на национальную экономику и позитивно оценено состояние развития ГЧП во многих сферах экономики Республики Беларусь¹. В тоже время О.М. Куницкая, считая ГЧП эффективным средством укрепления экономики, оценивает состояние развития и функционирования данного института в Республике Беларусь лишь начальным (*стартовым* – курсив авт.). К правовым причинам этого она относит отсутствие концептуальных основ формирования требуемого законодательства².

В Украине появляется первый опыт реализации положений специальных Законов об отдельных формах государственно-частного партнерства. Так, специалисты признают успешным строительство на условиях ГЧП стадиона «Донбасс-Арена» в г. Донецке под проект «Евро-2012». В городе Луганске уже не первый год осуществляется концессионная деятельность относительно коммунальных систем водоснабжения и водоотведения, но этот опыт пока положительным не считают.

Экономико-правовой подход к оценке публично-частного партнерства (далее – ПЧП) предлагает Г.Л. Знаменский, считая, что украинская экономика нуждается в ускоренном и масштабном развитии с тем, чтобы преодолеть имеющееся отставание в решении этого вопроса в сравнении со многими странами не только Запада, но и Востока.

Мировой опыт уже доказал, что благодаря такому партнерству конструктивное взаимодействие государства и бизнеса не только возможно, но и весьма перспективно, поскольку обеспечивает получение поражающих экономических и социальных достижений. Эти достижения и позволили сформировать там такой феномен, как ПЧП. На первый взгляд, не так уже сложно достичь таких успехов и в украинских условиях. Определенные условия для этого уже были созданы раньше и украинское законодательство в целом способно обеспечить минимально необходимый уровень сотрудничества государственных структур и представителей частного бизнеса³.

¹ Томкович Р.Р. Особенности государственно-частного партнерства в банковской сфере Республики Беларусь // Юридична наука, практика і освіта: зб. наук. пр. вип. 3 / за заг. ред. проф. О.В. Шаповалової. – Луганськ: Вид-во СНУ ім. В. Даля. – 2011. – С. 90–99.

² Куницкая О.М. Проблемы формирования правовых основ государственно-частного партнерства в Республике Беларусь / Правові проблеми взаємодії держави і бізнесу: Матеріали II Всеукраїнської науково-практичної Інтернет-конференції (м. Луганськ, 11–17 березня 2011 р.) / За загальн. редакц. О.В. Шаповалової. – Луганськ: Вид-во СНУ ім. Даля. – 2011. – С. 55–59.

³ Знаменський Г.Л. Передумови розвитку публічно-приватного партнерства // Матеріали Всеукр. наук.-практ. Інтернет-конф., присвяченої 90-річчю СНУ ім. В. Даля «Правові

С июля 2010 г. действует рамочный Закон Украины «О государственно-частном партнерстве»¹, однако правовой режим реализации прав партнеров трудно признать конкретным, непротиворечивым и достаточно информативным. Основным недостатком указанного Закона следует считать наличие некорректного названия ст. 17 о договоре в рамках ГЧП, неполное определение содержания такого договора, отсутствие элементов договорного механизма реализации договора в рамках ГЧП и даже упоминаний об особенностях его форм. Это приводит к необоснованному расширению полномочий государственных регуляторов, снижению гарантий надлежащей реализации прав претендентов и партнеров, а также – выполнения договорных обязательств.

Исходя из того, что «в строгом смысле партнерства действительно институционально преобразуют сферы деятельности, традиционно относящиеся к ведению государства, но не выводят их полностью за его пределы»², возникает потребность в создании соответствующих правовых условий. В частности, для эффективного функционирования объектов партнерства и рационального использования ресурсов публичной собственности, которые заложены в этих объектах. Создание специальных правовых условий обусловлено экономической целесообразностью поиска комплексных публично-частных средств оптимального управления хозяйственным использованием ресурсов публичной собственности при обеспечении контроля со стороны публичного партнера.

В Украине для этих целей принято Постановление Кабинета Министров Украины от 9 февраля 2011 г. № 81 «Об утверждении Порядка предоставления частным партнером государственному партнеру информации о выполнении договора, заключенного в рамках государственно-частного партнерства»³.

Однако, не во всем представляется оправданным нормативно-установленный Порядок предоставления частным партнером государственному партнеру информации о выполнении договора, заключенного в рамках ГЧП. Данный Порядок определяет содержание информации о выполнении договора и процедуру ее предоставления частным партне-

проблеми взаємодії держави і бізнесу» (3–10 лют. 2010 р.). – Луганськ: СНУ ім. В. Даля, 2009. – С. 48–49.

¹ Про державно-приватне партнерство: Закон України // Офіційний вісник України. – 2010. – № 58. – Ст. 1988.

² Дерябина М. Государственно-частное партнерство: теория и практика // <http://institutions.com/general/1079-gosudarstvenno-chastnoe-partnerstvo.html>.

³ Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку надання приватним партнером державному партнеру інформації про виконання договору, укладеного в рамках державно-приватного партнерства» від 9 лютого 2011 р. № 81 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 10. – Ст. 458.

ром в адрес государственного партнера, но не содержит позиций, отражающих обязательства частного партнера.

В частности, данным Порядком определено, что информация о выполнении договора ГЧП включает: копии налоговых деклараций за соответствующий период по договорам со справкой (отметкой (штампом), квитанцией или почтовым уведомлением) органа государственной налоговой службы о ее получении; отчет о выполнении договора по специальной форме. В ней центральным реквизитом являются важные экономические показатели деятельности частного партнера ГЧП. В частности, общая стоимость выработанной продукции, выполненных работ или предоставленных услуг с учетом налога на добавленную стоимость, в том числе, реализованных на внутреннем и внешнем рынке, а также, общее количество выработанной продукции, сумма доходов, общая сумма расходов. Кроме того необходимо указывать сумму перечисленных налогов и обязательных платежей к бюджетам всех уровней. Обязанностью частного партнера перед публичным стала передача информации о прибыли, общей сумме предоставленных налоговых льгот, сумме инвестиций, которая предусмотрена договором, и сумме фактически внесенных инвестиций.

По предписаниям Порядка публичный партнер должен получить от частного партнера сведения о доходах, расходах, прибыли, суммах полученных кредитов и платежей по кредитам.

Отдельной позицией выделены сведения о государственной поддержке. В частности, о предоставленных государственных гарантиях, гарантиях Автономной Республики Крым и местного самоуправления относительно выполнения долговых обязательств по займам; компенсации процентов по кредитам; суммах средств, полученных от государственного партнера; суммах средств, полученных как субсидии; суммах налоговых и таможенных льгот.

Что касается периодичности предоставления информации о выполнении договора, то частный партнер передает государственному партнеру в электронной и письменной форме информацию: за квартал – до 15 числа второго месяца, следующего за последним днем отчетного квартала; за год – до 10 марта года, следующего за отчетным. Далее, государственный партнер предоставляет уполномоченному органу исполнительной власти по вопросам государственно-частного партнерства информацию о выполнении договора: за квартал – до 30 числа второго месяца, следующего за последним днем отчетного квартала; за год – до 20 марта года, следующего за отчетным. Уполномоченный орган исполнительной власти по вопросам государственно-частного партнерства проводит мониторинг, обобщает и обнародует результаты осуществле-

ния государственно-частного партнерства¹.

В современных правилах ведения хозяйственной деятельности на условиях ГЧП, основная часть которых содержится в подзаконных актах², указаны пути недопустимости убыточности объектов ГЧП, а также минимизации и предотвращения их в ходе заключения договоров об аренде, о концессии либо соглашения о разделе продукции.

Для достижения указанных целей правительством Украины, кроме вышеуказанного Порядка, также разработаны Порядок проведения конкурса по определению частного партнера для осуществления государственно-частного партнерства в отношении государственной, коммунальной собственности и объектов, которые принадлежат Автономной Республике Крым. Кроме того, установлен Порядок предоставления государственной поддержки осуществлению государственно-частного партнерства, предусмотрена Методика выявления рисков, связанных с государственно-частным партнерством, их оценки и определения формы управления ими.

Следовательно, правовая информированность имеет огромное значение, однако на сегодняшний день ее уровень значительно отстает от потребностей общественного развития и нуждается в существенном повышении. Особое значение это обстоятельство имеет в периоды интенсивного обновления законодательства³, как это имеет место в современных условиях экономического развития Российской Федерации. Отсюда можно заключить, что мнение ученых, согласно которому «<...> для урегулирования гражданско-правовых отношений с участием публично-правового образования нет необходимости принимать новое отраслевое законодательство», является недостаточно аргументированным. И особенно в контексте с нижеследующим: «<...> в частности, отсутствует необходимость специального регулирования отношений в сфере ГЧП, в том числе принятия отдельных законов как по отдельным институтам

¹ Постановление Кабинету Міністрів України «Про затвердження Порядку надання приватним партнером державному партнеру інформації про виконання договору, укладеного в рамках державно-приватного партнерства» від 9 лютого 2011 р. № 81 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 10. – Ст. 458.

² Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Методики виявлення ризиків, пов'язаних з державно-приватним партнерством, їх оцінки та визначення форми управління ними» від 16 лютого 2011 р. № 232 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 18. – Ст. 769; Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку надання державної підтримки здійсненню державно-приватного партнерства» від 17 березня 2011 р. № 279 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 21. – Ст. 882; Постанова Кабінету Міністрів України «Деякі питання організації здійснення державно-приватного партнерства», № 384 від 11 квітня 2011 р. // Офіційний вісник України. – 2011. – № 28. – Ст. 1168.

³ Марченко М.Н. Общая теория государства и права: Академический курс в 2-х т. – М.: Зерцало, 1998. – Т. 2. – Теория права. – С. 62.

(формам) ГЧП, так и по ГЧП в целом. Такой подход представляется нецелесообразным и вряд ли внесет ясность в регулирование отношений в сфере ГЧП. Велика вероятность того, что возникнут коллизия и конкуренция правовых норм¹.

Коллизии и конкуренцию правовых норм можно предупредить, располагая соответствующими научными знаниями о правовых основах и законодательной базе ГЧП.

В тоже время правовое состояние частного и государственного партнеров стало несколько ущербным в силу некорректного определения в данном Законе полномочий уполномоченного органа исполнительной власти по вопросам государственно-частного партнерства, закрепленных в Законе Украины о ГЧП (ст. 22). В частности, к полномочиям уполномоченного органа исполнительной власти по вопросам государственно-частного партнерства были отнесены: организация проверки выполнения договоров, заключенных в рамках государственно-частного партнерства; подготовка предложений и осуществление мероприятий по формированию и реализации единой государственной политики в сфере государственно-частного партнерства; проведение мониторинга эффективности деятельности органов исполнительной власти и органов местного самоуправления в сфере государственно-частного партнерства; разработка концепции и проектов государственных целевых программ по содействию расширению государственно-частного партнерства, принятие мероприятий для их выполнения; содействие защите законных прав и интересов государственных и частных партнеров в процессе осуществления государственно-частного партнерства; содействие досудебному урегулированию споров между государственными и частными партнерами; проведение мониторинга, обобщение и обнародование в установленном порядке результатов осуществления государственно-частного партнерства, в том числе осуществление оценки и мониторинга общего уровня рисков государственного партнера в договорах, заключенных в рамках государственно-частного партнерства; проведение мониторинга соблюдения требований законодательства в сфере государственно-частного партнерства, в том числе при проведении конкурсов по определению частного партнера; проведение в пределах своих полномочий информационно-разъяснительной и консультационной работы; подача исков о расторжении договоров, заключенных в рамках государственно-частного партнерства, объектами которых являются объекты государственной собственности, в случае нарушения частными

¹ Царев Д., Иванюк А. Государственно-частное партнерство: правовой аспект / Д. Царев, А. Иванюк. – [Электрон. ресурс]. // Финансовая газета. – 2009. – № 17// Режим доступа: <http://ppp-russia.ru/analytics/40-ajrapetyan-ms-zarubezhnyj>.

партнерами условий таких договоров; осуществление других полномочий, предусмотренных законом¹.

Исходя из приведенного перечня не сложно усмотреть в правовом статусе уполномоченного органа исполнительной власти по вопросам государственно-частного партнерства все признаки превышения полномочий сторон договора ГЧП. Данное законоположение обостряет проблему доверия предпринимателей к органам власти и управления в познании таких правовых явлений как иерархия договорных обязательств партнеров и процедур выполнения своих полномочий уполномоченным органом по вопросам ГЧП в отношениях ГЧП.

Как предмет критического анализа нас интересуют два процессуальных полномочия уполномоченного лица в соответствии со ст. 22 Закона, процедурные предписания которой конкурируют друг с другом. В то же время эти полномочия не только противоречат хозяйственно-процессуальному законодательству Украины, но и судебной практике нашей страны и стран мира.

Во-первых, когда закрепляются полномочия лица по вопросам ГЧП: «способствовать досудебному урегулированию споров между частными и государственными партнерами», то в сущности ему приписывается миссия медиатора. Но в странах мира положение медиатора как судебного посредника имеет особенный статус: от него требуется быть независимым и беспристрастным по отношению к обеим сторонам и иметь статус должностного лица хозяйственного суда. Уполномоченный является представителем органа исполнительной власти, и уже в силу этого он вряд ли получит доверие со стороны частного партнера относительно его доказательств и суждений, ведь посредник должен назначаться постановлением суда, причем при отсутствии возражений сторон. По сути, речь идет о назначении законодателем без определения его правового статуса и полномочий посредника по изучению документов сторон, знакомства с материалами дела и тому подобное.

Во-вторых, если допустить, что в хозяйственном судопроизводстве Украины и появилась бы фигура посредника с функциями медиатора, то есть можно внести соответствующие изменения в хозяйственно-процессуальное законодательство относительно его процессуального положения, но как быть с запрещением посреднику совершать любые процессуальные действия? Ведь уполномоченному (ст. 22 Закона), предоставлено еще и право представления исков о расторжении договоров, заключенных в рамках ГЧП в случае существенных нарушений обязательств частными партнерами во время исполнения таких договоров.

¹ Про державно-приватне партнерство: Закон України // Офіційний вісник України. – 2010. – № 58. – Ст. 1988.

Остается предположение относительно вероятности, что правовое положение уполномоченного органа по вопросам ГЧП в хозяйственном процессе будет равняться статусу прокурора. Однако в результате наделяния уполномоченного лица, еще и правами прокурора, образуется фактор разбалансирования интересов партнеров.

Резонным будет замечание: достаточно широкий комплекс полномочий приводит к пренебрежению важным правилом хозяйственной практики – дерегуляции хозяйственных отношений, в которых должны получить доверие для сотрудничества очень полярные одно к другому лица, – субъект организационно-властных полномочий (с одной стороны) и негосударственный субъект хозяйствования (предприниматель). Наличие между ними и их договорными соглашениями уполномоченного органа исполнительной власти по вопросам ГЧП, так как он представлен в Законе о ГЧП, не прибавляет мотивации для их сотрудничества.

Проведенное исследование позволило критически оценить законоположения о ГЧП, которые признаны неоправданно лаконичными либо излишне абстрактными и, как следствие, негативно влияющими на мотивацию предпринимателей к объединению в партнерство с государством либо органами местного самоуправления, что тормозит развитие практики партнерства в Украине.

Научное значение полученных в результате проведенного анализа экономико-правовых знаний состоит в раскрытии закономерностей правового регулирования отношений вышеуказанного партнерства и выявлении несоответствия правового положения публичного партнера статусу субъекта договорного права, исходя из неоправданно жестких лаконичных положений Закона Украины о ГЧП и положений подзаконных актов.

РЕЕСТР РАССЫЛКИ

1. Белорусский государственный университет: пр. Независимости 4, г. Минск, Республика Беларусь, 220030.
2. Брестский государственный университет им. А.С. Пушкина: Бульвар Космонавтов, 21, г. Брест, Республика Беларусь, 224016.
3. Витебский государственный университет им. П.М. Машерова: пр. Московский, 33, г. Витебск, Республика Беларусь, 210038.
4. Гомельский государственный университет им. Франциска Скорины: ул. Советская, 104, г. Гомель, Республика Беларусь, 240619.
5. Гродненский государственный университет им. Янки Купалы: ул. Ожешко, 22, г. Гродно, Республика Беларусь, 230023.
6. Могилевский государственный университет им. А.А. Кулешова: ул. Космонавтов, 1, г. Могилев, Республика Беларусь, 212022.
7. Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова: Ленинские горы, г. Москва, Россия, 119992.
8. Московская государственная юридическая академия имени О.Е. Кутафина: ул. Садовая-Кудринская, 9, г. Москва, Россия, 123995.
9. Российский государственный социальный университет: ул. Вильгельма Пика, 4, г. Москва, Россия, 129226.
10. Московский городской университет управления Правительства Москвы: ул. Срегенка, 28 (ЦАО), г. Москва, Россия, 107045.
11. Московский государственный институт международных отношений (университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации: пр. Вернадского, 76 (ЗАО), г. Москва, Россия, 119454.
12. Санкт-Петербургский государственный университет: Университетская набережная, 7/9, г. Санкт-Петербург, Россия, 199034.
13. Санкт-Петербургский государственный университет экономики и финансов: ул. Садовая, 21, г. Санкт-Петербург, Россия, 191023.
14. Северо-Западная академия государственной службы: Средний пр. В.О., 57, г. Санкт-Петербург, Россия, 199178.
15. Уральская государственная юридическая академия: ул. Комсомольская, 21, г. Екатеринбург, Свердловская обл., Россия, 620066.
16. Новосибирский государственный университет экономики и управления: ул. Каменская, 56, г. Новосибирск, Новосибирская обл., Россия, 630099.
17. Новосибирский государственный университет: ул. Пирогова, 2, г. Новосибирск, Новосибирская обл., Россия, 630090.
18. Федеральное государственное бюджетное учреждение «Российская государственная библиотека»: ул. Воздвиженка, д. 3/5, Москва, Россия, 119019.
19. Федеральное государственное бюджетное учреждение «Российская национальная библиотека»: ул. Садовая, д. 18, Санкт-Петербург, Россия, 191069.
20. Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко: ул. Владимирская, 64/13, г. Киев, Украина, 01601.