



БЕЛОРУССКИЙ
ГОСУДАРСТВЕННЫЙ
УНИВЕРСИТЕТ

ЖУРНАЛ
БЕЛОРУССКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА

ПРАВО

JOURNAL
OF THE BELARUSIAN STATE UNIVERSITY

LAW

Издается с января 1969 г.
(до 2017 г. – под названием «Вестник БГУ.
Серия 3, История. Экономика. Права»)

Выходит три раза в год

2

2018

МИНСК
БГУ

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Главный редактор БАЛАШЕНКО С. А. – доктор юридических наук, профессор; декан юридического факультета Белорусского государственного университета, Минск, Беларусь.
E-mail: balashenko@bsu.by

Ответственный секретарь ЧЕРВЯКОВА Т. А. – кандидат юридических наук, доцент; заместитель декана юридического факультета Белорусского государственного университета, Минск, Беларусь.
E-mail: chervyakova@bsu.by

- Ванг Г.** Чжэцзянский университет, Ханчжоу, Китай; Тулейнский университет, Новый Орлеан, США; Городской университет Гонконга, Гонконг, Китай.
- Василевич Г. А.** Белорусский государственный университет, Минск, Беларусь.
- Вердуссен М.** Католический университет Лувена, Лувен-ла-Нев, Бельгия.
- Годунов В. Н.** УО «Институт переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции БГУ», Минск, Беларусь.
- Каменков В. С.** Белорусский государственный университет, Минск, Беларусь.
- Карпович Н. А.** Конституционный Суд Республики Беларусь, Минск, Беларусь.
- Макарова Т. И.** Белорусский государственный университет, Минск, Беларусь.
- Матье Б.** Университет Париж 1 Пантеон-Сорбонна, Париж, Франция.
- Мацкевич И. М.** ФГБОУ ВПО «Московский государственный юридический университет им. О. Е. Кутафина (МГЮА)», Москва, Россия.
- Некросиус В.** Институт гражданского процесса и римского права Вильнюсского университета, Вильнюс, Литва.
- Скаков А. Б.** Евразийский национальный университет им. Л. Н. Гумилева, Астана, Казахстан.
- Хелльманн У.** Потсдамский университет, Потсдам, Германия.
- Чуприс О. И.** Белорусский государственный университет, Минск, Беларусь.

EDITORIAL BOARD

Editor-in-chief BALASHENKO S. A., doctor of science (law), full professor; dean of the faculty of law of the Belarusian State University, Minsk, Belarus.
E-mail: balashenko@bsu.by

Executive secretary CHERVYAKOVA T. A., PhD (law), docent; deputy dean of the faculty of law of the Belarusian State University, Minsk, Belarus.
E-mail: chervyakova@bsu.by

- Wang G.** Zhejiang University, Hangzhou, China; Tulane University, New Orleans, USA; City University of Hong Kong, Hong Kong, China.
- Vasilevich G. A.** Belarusian State University, Minsk, Belarus.
- Verdussen M.** Catholic University of Louvain, Louvain-la-Neuve, Belgium.
- Godunov V. N.** Institute for Retraining and Qualification Upgrading of Judges, Prosecutors and Legal Professionals at the Belarusian State University, Minsk, Belarus.
- Kamenkov V. S.** Belarusian State University, Minsk, Belarus.
- Karpovich N. A.** Constitutional Court of the Republic of Belarus, Minsk, Belarus.
- Makarova T. I.** Belarusian State University, Minsk, Belarus.
- Mathieu B.** University Paris 1 Pantheon-Sorbonne, Paris, France.
- Mackevich I. M.** Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia.
- Nekrosius V.** Institute of Civil Procedure and Roman Law of the Vilnius University, Vilnius, Lithuania.
- Skakov A. B.** L. N. Gumilyov Eurasian National University, Astana, Kazakhstan.
- Hellmann U.** University of Potsdam, Potsdam, Germany.
- Chupris O. I.** Belarusian State University, Minsk, Belarus.

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО И АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

CONSTITUTIONAL LAW AND ADMINISTRATIVE LAW

УДК 342

ТРАНСПЛАНТАЦИЯ ОРГАНОВ И ТКАНЕЙ ЧЕЛОВЕКА: ОСНОВЫ ПРАВОВОГО СТАТУСА ДОНОРА И РЕЦИПИЕНТА

Г. А. ВАСИЛЕВИЧ¹⁾, Д. Г. ВАСИЛЕВИЧ²⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

²⁾Генеральная прокуратура Республики Беларусь, ул. Интернациональная, 22, 220030, г. Минск, Беларусь

Анализируется правовое регулирование отношений по поводу трансплантации органов и тканей человека. Беларусь занимает одно из первых мест среди стран СНГ по количеству органных трансплантаций. Успехи в данной сфере заметны и в европейском пространстве. В обществе все больше осознается значение трансплантации органов и тканей человека для продления жизни и работоспособности людей. Обращается внимание, что есть четыре основных субъекта отношений по поводу проведения трансплантации органов: донор (живой и умерший человек); его близкие; реципиент; учреждение здравоохранения. Проведен анализ правового статуса каждого из этих субъектов. Анализируется круг лиц, которые могут быть по действующему законодательству живыми и умершими донорами. Акцентировано внимание на нормах международных документов в данной области отношений, особенностях законодательства зарубежных стран, включая отношение к презумпции согласия на изъятие органов для целей донорства. Сделан ряд предложений по совершенствованию действующего законодательства. Внесено предложение о расширении круга родственников, которые могут являться живыми донорами, в частности, следовало бы ориентироваться на родственников, которые могут являться наследниками с учетом существующих очередей наслед-

Образец цитирования:

Василевич ГА, Василевич ДГ. Трансплантация органов и тканей человека: основы правового статуса донора и реципиента. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2018;2:3–11.

For citation:

Vasilevich GA, Vasilevich DG. Transplantation of human bodies and tissues: the bases of legal status of donor and recipient. *Journal of Belarusian State University. Law.* 2018;2:3–11. Russian.

Авторы:

Григорий Алексеевич Василевич – доктор юридических наук, профессор; заведующий кафедрой конституционного права юридического факультета.

Дмитрий Григорьевич Василевич – кандидат юридических наук, доцент; начальник отдела по надзору за исполнением природоохранного и земельного законодательства управления по надзору за исполнением законодательства и законностью правовых актов.

Authors:

Grigory A. Vasilevich, doctor of science (law), full professor; head of the department of constitutional law, faculty of law.

gregory_1@tut.by

Dmitry G. Vasilevich, PhD (law), docent; head of the department for supervision over the implementation of environmental and land legislation of the prosecutor general's office of the Republic of Belarus.

ников. Один из основных принципов трансплантации – бесплатность. Поэтому расширение круга живых доноров не должно привести к нарушению указанного принципа. Предлагается в белорусском законе учесть, что право на пересадку органов имеют иностранные граждане, постоянно проживающие в Беларуси. В Едином регистре трансплантации должны содержаться сведения не только о живых лицах, у которых изъяли органы, но и об умерших. Такая транспарентность должна содействовать укреплению законности в данной сфере отношений.

Ключевые слова: трансплантация; живой донор; умерший донор; презумпция согласия на изъятие органов.

TRANSPLANTATION OF HUMAN BODIES AND TISSUES: THE BASES OF LEGAL STATUS OF DONOR AND RECIPIENT

G. A. VASILEVICH^a, D. G. VASILEVICH^b

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

^bProsecutor General's Office of the Republic of Belarus, 22 Internacyjanal'naja Street, Minsk 220030, Belarus

Corresponding author: G. A. Vasilevich (gregory_1@tut.by)

The legal regulation of relations concerning the transplantation of human organs and tissues is analyzed. Belarus occupies one of the first places among the CIS countries in terms of the number of organ transplants. Its successes are also visible in the European space. In society, the positive value of transplantation of human organs and tissues is increasingly recognized for prolonging the life and work capacity of people. The article draws attention to the fact that there are four main subjects of the relationship concerning organ transplantation: donor (living and dead person); those close to him; the recipient; establishment of health care. The analysis of the legal status of each of these subjects is carried out. The circle of persons who can be living and dead donors according to the current legislation is analyzed. Attention is focused on the norms of international documents in this field of relations, the peculiarities of the legislation of foreign countries, including the attitude to the presumption of consent to the removal of organs for the purposes of donation. The number of proposals have been made to improve the current legislation. A proposal was made to expand the circle of relatives who can be living donors, in particular, it would be better to rely on relatives who may be heirs taking into account the existing queues of the heirs. One of the main principles of transplantation is «free». Therefore, widening the circle of living donors should not lead to a violation of this principle. It is proposed in the Belarusian law to provide that foreigners permanently residing in Belarus have the right to organ transplant. The Unified Registry of Transplantation should contain information not only about living individuals who have been seized by organs, but also of dead persons. Such transparency should help strengthen the rule of law in this area of relations.

Key words: transplantation; living donor; dead donor; presumption of consent to removal of organs.

Введение

К настоящему времени общество все глубже осознает важность трансплантации как медицинской процедуры для спасения человеческой жизни и переходит от ее иррациональной критики к вдумчивому и серьезному философско-правовому анализу. Широкий спектр острых и дискуссионных проблем, таких как регулирование процедуры получения согласия на забор органов у живого донора, донорство *postmortem* и определение момента смерти человека, остается актуальным до настоящего времени [1]. Основой для проведения трансплантации является Закон Республики Беларусь от 4 марта 1997 г. № 28-3 «О трансплантации органов и тканей человека» (далее – Закон) [2] с последующими изменениями и дополнениями. Этот документ содержит правовые и организационные основы государственного регулирования в области трансплантации органов и (или) тканей человека

в целях реализации права населения Республики Беларусь на охрану жизни и здоровья.

Как определено в ст. 1 Закона, «трансплантация – это замещение у реципиента путем проведения медицинского вмешательства отсутствующих или поврежденных органов и (или) тканей человека, не способных выполнять свои жизненно важные функции, органами и (или) тканями человека, полученными в результате забора органов». Реципиентом является «пациент, которому осуществляется трансплантация». «Органы и (или) ткани человека – это анатомические образования (целые органы, фрагменты органов, комбинации клеток), не определяющие отличительных черт личности».

Более точным представляется определение трансплантации как перенесения (пересадки) живого материала (клеток, тканей, органов) в пределах того же организма или другому реципиенту

(вживление неживого материала, имплантация) [3], т. к. в нем подчеркивается, что данная процедура может представлять собой пересадку живого материала не только другому реципиенту, но осуществляться в пределах того же организма.

Можно выделить по меньшей мере четыре основных субъекта отношений по поводу проведения трансплантации органов: 1) донора (живого и умершего человека); 2) его близких; 3) реципиента; 4) учреждение здравоохранения. Каждый из этих субъектов обладает определенным статусом.

Идеальной считается та система трансплантации, которая основана на принципах доброволь-

ности, альтруизма и равенства [4]. Принцип добровольности и альтруизма означает, что донорство органов, тканей и клеток происходит строго добровольно и не является способом получения какой-либо экономической или иной выгоды.

На конференции по проблемам биоэтики, проведенной в Минске в декабре 2017 г., основное внимание было уделено принципу информированного и добровольного согласия на медицинскую помощь. Это требование в полной мере должно действовать и при трансплантации органов, тканей и клеток (далее – трансплантация органов).

Правовое регулирование при трансплантации органов живых доноров

Живой донор – лицо, добровольно давшее в установленном порядке согласие на забор органов и (или) тканей человека для трансплантации органов и (или) тканей человека реципиенту.

Как известно, потребность в органах для трансплантации опережает предложение. В значительной степени эта потребность удовлетворяется за счет умерших доноров. Однако использование органов живых доноров имеет ряд преимуществ, среди которых возможность проведения плановой операции. Несмотря на частое использование материалов от умерших лиц в случае проведения некоторых видов трансплантации или для компенсации ограниченного доступа к материалам, взятым у умерших доноров, в целях удовлетворения нужд пациентов существует необходимость донорства и со стороны живых людей. По этой причине практикуется передача органов при жизни, несмотря на тот факт, что это сопряжено с риском, который может быть существенным.

В статье 7 Закона определено, кто не может быть донором:

- лица, не являющиеся супругом (супругой) или близкими родственниками реципиента (за исключением случаев забора костного мозга, гемопоэтических стволовых клеток);
- несовершеннолетние лица (за исключением случаев забора костного мозга, гемопоэтических стволовых клеток);
- лица, признанные в установленном порядке недееспособными, а также лица, страдающие психическими расстройствами (заболеваниями);
- лица, у которых обнаружены заболевания, являющиеся опасными для жизни и здоровья реципиента;
- беременные женщины;
- дети-сироты и дети, оставшиеся без попечения родителей.

Следовательно, остальные лица могут являться живыми донорами.

В отличие от нашего законодательства Руководящие принципы ВОЗ по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов, утвержденные в мае 2010 г. на Шестидесят третьей сессии Всемирной ассамблеи здравоохранения [5], допускают брать для пересадки клетки, ткани или органы у живого донора, не достигшего совершеннолетнего возраста, но это возможно **за редкими исключениями, разрешенными в рамках национального законодательства**. Должны существовать специальные меры для защиты несовершеннолетних и, где это возможно, следует получить согласие до процедуры изъятия органа. Истории известны случаи, когда донором выступал близнец, спасавший таким образом жизнь своему брату.

Положения, применимые к несовершеннолетним, также могут быть использованы по отношению к любому недееспособному лицу.

В некоторых странах живыми донорами не могут быть инвалиды и лица, находящиеся в местах лишения свободы. В нашем законодательстве такой оговорки не сделано.

К кругу близких родственников Законом отнесены родители, усыновители (удочерители), дети, в том числе усыновленные (удочеренные), родные братья и сестры, дед, бабушка, внуки. Было бы полезно расширить круг лиц, которые могут являться живыми донорами. Так, можно было бы ориентироваться на родственников, которые могут являться наследниками. Например, к наследникам четвертой очереди отнесены полнородные и неполнородные братья и сестры родителей наследодателя (его дяди и тети). Двоюродные братья и сестры наследуют по праву представления (ст. 1060 Гражданского кодекса Республики Беларусь [6] (далее – ГК)). В ГК упоминаются также наследники пятой и шестой степени родства, не относящиеся к наследникам предшествующих очередей (ст. 1061 ГК).

Белорусский законодатель считает, что ограничение круга живых доноров родственниками (близ-

кими и в перспективе не очень близкими) решает проблему возникновения теневого рынка органов. Данное утверждение вызывает сомнения, поскольку между, например, братьями, сестрами могут быть определенные расчеты за оказанную помощь не как условие ее оказания, а как благодарность. Конечно, необходимо стремиться исключить злоупотребление в данной сфере отношений. Выход за существующий круг близких родственников вероятнее всего может дать импульс для появления определенных расчетов в качестве благодарности за спасение жизни или здоровья. Говоря об этом, мы вовсе не против расширения круга живых доноров. Он может быть еще шире. По примеру некоторых стран можно было бы при определении донора руководствоваться наличием генетической связи между ним и реципиентом. Другое дело, что должен быть усилен контроль со стороны медицинских и иных учреждений.

С учетом того, что мы говорим об альтруизме и закон запрещает какие-либо коммерческие сделки в данной сфере, за пределами установленного круга родственников можно было бы внедрить систему добровольных пожертвований потенциальными донорами с соответствующей компенсацией, необходимой для восстановления здоровья. В целях исключения «рыночных» отношений между таким донором и реципиентом было бы возможным предоставить право медицинскому учреждению определять, кому такой орган будет трансплантирован.

Белорусское законодательство, таким образом, запрещает куплю-продажу человеческих органов и тканей, изымаемых у доноров. Этот же подход содержится и в документах Совета Европы, иных международных документах. Одним из основных принципов трансплантации является бесплатность с оговоркой «за исключением костного мозга». Так, согласно ст. 21 Конвенции о защите прав и достоинства человека в связи с использованием достижений биологии и медицины (Конвенция Овьедо, Испания) провозглашается, что «тело человека и его части как таковые не должны быть источником получения финансовой выгоды». Запрет использовать человеческое тело и его части в коммерческих целях содержится и в ст. 3 Хартии основных прав Европейского Союза от 7 декабря 2000 г. и во Всеобщей декларации о геноме человека и правах человека от 11 ноября 1997 г.

Сведения о доноре, реципиенте и проведенных операциях – трансплантации органов, изъятии, заготовке и консервации донорских органов – разглашению не подлежат. Полагаем, что с согласия живого донора или по его распоряжению при жизни соответствующая информация может быть раскрыта.

Живым донором по трансплантации может быть лицо, находящееся с реципиентом в генетической связи или имеющее с ним тканевую совме-

стимость, прошедшее всестороннее медицинское обследование и получившее заключение консилиума врачей-специалистов о возможности изъятия у него тканей и (или) органов (части органа). Исключения могут иметь место в случае пересадки костного мозга.

Изъятие органов и (или) тканей у живого донора допустимо только в случае, если его здоровью, по заключению консилиума врачей-специалистов, не будет причинен **значительный** вред. В Законе речь идет о возможном **ухудшении** здоровья, поэтому необходимо письменное предупреждение данного живого донора лечащим врачом государственной организации здравоохранения о возможном ухудшении его здоровья в связи с забором органов для трансплантации. В Законе РФ от 22 декабря 1992 г. № 4180-I «О трансплантации органов и (или) тканей человека» [7] указано: если донор предупрежден о возможных осложнениях для его здоровья в связи с предстоящим оперативным вмешательством по изъятию органов и (или) тканей, трансплантация органов и (или) тканей человека осуществляется с письменного согласия реципиента (ст. 11). При этом реципиент также должен быть предупрежден о возможных осложнениях для его здоровья в связи с предстоящим оперативным вмешательством.

В Декларации о трансплантации человеческих органов, принятой 39-й Всемирной медицинской ассамблеей в Мадриде в октябре 1987 г. подчеркнуто, что состояние здоровья пациента – главная забота врача в любой ситуации. Ни один врач не может взять на себя ответственность за проведение операции по пересадке органа до тех пор, пока не будет обеспечено соблюдение прав и донора, и реципиента. Снижение стандартов оказания медицинской помощи потенциальному донору не имеет никаких оправданий, ее уровень не может зависеть от того, будет ли пациент донором. Необходимо полное всестороннее обсуждение предполагаемых процедур с донором и реципиентом либо с их родственниками или законными представителями. При этом врач должен соблюсти объективность, сообщить об ожидаемом риске и о возможных альтернативных методах лечения. Подаваемые больному надежды не должны противоречить реалиям. Желание врача послужить интересам науки должно быть вторичным, а интересы пациента – первичными. Необходимо получить информированное, добровольное и осознанное согласие донора и реципиента, а в случаях, когда это невозможно, – членов их семей или законных представителей [8].

В Декларации о трансплантации человеческих органов подчеркнуто, что в случаях, когда для трансплантации берется орган умершего, смерть должна быть независимо констатирована минимум двумя врачами, не имеющими прямого отношения к процедуре пересадки. При констатации смерти каждый

из врачей должен использовать современные критерии, принятые Национальной медицинской ассоциацией и другими медицинскими организациями его страны.

Согласно Инструкции о порядке создания и ведения Единого регистра трансплантации (далее – Регистр), утвержденной постановлением Министерства здравоохранения Республики Беларусь от 18 марта 2013 г. № 19 (ред. от 10 апреля 2015 г.) [9] включению в Регистр подлежат сведения о лицах, которые заявили о несогласии на забор органов для трансплантации после смерти, а также о лицах, которым проведена трансплантация органа (органов) и (или) тканей.

Полагаем, что следует предусмотреть в упомянутом Регистре сведения о лицах, у которых изъяли органы (как у живых доноров, так и умерших лиц). Такая транспарентность должна содействовать укреплению законности в данной сфере отношений. Кроме того, к данному Регистру должен быть круглосуточный доступ у соответствующих специалистов-медиков. Сведения о состоянии здоровья включенных в него лиц должны своевременно пополняться. Например, при выявлении у них какой-либо болезни, препятствующей использованию органов в качестве донорских, сведения должны безотлагательно направляться для включения в Регистр.

Согласно ст. 9 Закона живой донор после осуществления у него забора органов имеет право на получение компенсации расходов, связанных с необходимостью восстановления его здоровья в связи с проведением упомянутой процедуры. Порядок выдачи и размеры этой компенсации определяются Советом Министров Республики Беларусь. Предусмотрено получение пособия по временной нетрудоспособности в размере 100 % заработка на период нетрудоспособности, наступившей в связи с забором органов. Инвалидность живого донора, наступившая в связи с забором органов, приравнивается к инвалидности, связанной с несчастным случаем на производстве или профессиональным заболеванием.

Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 16 июля 2007 г. № 904 (ред. от 23 декабря 2008 г.) «О компенсации расходов, связанных с необходимостью восстановления здоровья

живого донора в связи с забором органов и (или) тканей» [10] установлено, что живым донорам предоставляется за счет средств республиканского и местных бюджетов компенсация расходов, связанных с необходимостью восстановления здоровья в связи с забором у них органов и (или) тканей, в следующих размерах: за забор почки, части печени, фрагмента кишечника и части поджелудочной железы – по 50 базовых величин; за забор костного мозга – 30 базовых величин; за забор гемопоэтических стволовых клеток и участков кожи – по 20 базовых величин.

Принцип равенства означает общий доступ к трансплантации всех людей, законно проживающих на территории Республики Беларусь. Гарантией принципа равенства является бесплатность пересадки органов: пациент получает необходимый орган, ткань или клетки вне зависимости от социального или экономического положения.

Было бы правильно уточнить в Законе, имеют ли иностранные граждане право на пересадку органов в белорусских медицинских учреждениях и если имеют, то в каком порядке. В данной ситуации следует отличать постоянно проживающих в республике граждан от субъектов «трансплантационного туризма», который положительно сказывается и на коммерческой стороне вопроса, и поднимает престиж медицинской отрасли страны. Но, например, в Испании, которая отличается успехами в данной области, по рекомендации Всемирной организации здравоохранения и Совета Европы такой туризм был запрещен, так как он может привести к ущемлению прав граждан, постоянно проживающих в государстве, и значительно увеличить сроки ожидания дня спасительной операции. Несмотря на то что Испания является мировым лидером по количеству трансплантаций, около 10 % пациентов, нуждающихся в пересадке органов, умирают, не дождавшись операции [4]. Донорство в стране основано на принципе альтруизма и не несет получения какой-либо выгоды. Человек, желающий после смерти передать свои органы для пересадки другому, оформляет карточку донора, которая носит скорее информативный характер. После смерти донора согласие родственников на извлечение органов для трансплантации является обязательным [11].

Правовое регулирование при трансплантации органов умершего донора

Умерший донор – тело человека, у которого после смерти осуществляется забор органов для трансплантации реципиенту. Изъятие органов у умершего человека обусловлено во многом тем, что часто не хватает живых доноров, а в ряде случаев невозможно изъять орган у другого человека, поскольку он обеспечивает его жизнедеятельность.

Отмечается, что при пересадке, например сердца, у донора и реципиента должны совпадать группа крови, вес и рост. Допускается разница не более 30 % [12].

В мировой медицинской практике трансплантация органов от умершего донора происходит на основе принципов выражения воли потенциально-

го донора. Их разделяют на презумпцию согласия и презумпцию несогласия. Как отмечается некоторыми авторами, в основе согласия на донорство органов умершего лежит этическое требование уважать свободу выбора личности и ее право на самоопределение [3].

Как следует из Руководящих принципов ВОЗ по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов [5], согласие на получение органов и тканей от умерших может быть «четко выраженным» или «предполагаемым».

Законодательство Республики Беларусь о трансплантации органов и тканей человека ориентировано на реализацию принципа презумпции согласия на изъятие органов и тканей умершего. По такому пути идут многие страны. Однако действующий в соответствии с белорусским законодательством принцип презумпции согласия надо подкрепить широкой просветительской работой, как это делают в ряде западных стран. Многие люди не знают и не хотят задумываться об этом, как и о смерти вообще. Ведь понимание важности и принятие процесса донорства клеток, тканей и органов глубоко и однозначно у нас еще не укоренилось в общественном сознании. Для зарубежной практики характерна активность общественных организаций, которые с ранних лет приучают людей, что донорство – это благородный и важный жест. Используется социальная реклама, транслируются телепередачи, демонстрируются научно-популярные фильмы. В Испании активная роль в популяризации донорства принадлежит церкви. Этот пример полезен и для нас.

В июле 2012 г. Закон был дополнен ст. 10-1, предусматривавшей право граждан на выражение несогласия на забор органов для трансплантации после смерти. Этот закон был размещен на Национальном правовом интернет-портале Республики Беларусь 19 июля 2012 г., что считается официальным опубликованием документа. Однако, к сожалению, не все люди имеют доступ к интернету или к базе нормативных правовых актов. В значительной степени сохраняется привычка, особенно у людей старшего поколения, пользоваться информацией из газет. Поэтому следовало бы более тщательно обеспечить предусмотренное международными документами право на информированное и добровольное согласие при осуществлении медицинского вторжения. Соответствующее разъяснение могли бы делать врачи при приеме пациентов в поликлиниках.

Полезно было бы утвердить правила прижизненного добровольного пожертвования тканей (части ткани) и (или) органов (части органов) после смерти в целях трансплантации. В них следовало бы описать всю процедуру информирования граждан о возможности посмертного изъятия органов

или тканей, о том, когда и в какой форме осуществляется такое информирование, где осуществляется фиксация согласия или несогласия на посмертное изъятие органов и тканей человека и др.

Заметим, что есть некоторые противоречия между законами. Согласно ст. 27 Закона Республики Беларусь от 12 октября 2001 г. № 55-3 (ред. от 8 января 2015 г.) «О погребении и похоронном деле» [13] волеизъявлением умершего является, в частности, сделанное им при жизни распоряжение о **добровольном согласии на передачу после смерти его тела, органов, тканей** в организацию здравоохранения. То есть должно быть выраженное согласие на посмертное изъятие органов. В Законе, как уже отмечалось, закреплён принцип презумпции согласия. То есть в данном случае действует презумпция несогласия: без волеизъявления нельзя изымать орган. Таким образом, есть некоторая коллизия между двумя упомянутыми документами.

При изъятии органов и тканей обезображивать донора запрещается.

Как отмечалось ранее, и белорусское законодательство, и международные акты, в частности Декларация о трансплантации человеческих органов, предусматривают, что в случаях, когда для трансплантации берется орган умершего, смерть должна быть независимо констатирована минимум двумя врачами, не имеющими прямого отношения к процедуре пересадки. При констатации смерти каждый из врачей должен использовать современные критерии, принятые Национальной медицинской ассоциацией и другими медицинскими организациями его страны. Согласно белорусскому закону смерть – необратимое прекращение деятельности головного мозга человека (смерть головного мозга), при котором искусственно с помощью лекарственных средств и медицинской техники могут временно поддерживаться его сердечная деятельность и дыхание.

Связь смерти человека с необратимой смертью его мозга дает большие преимущества для трансплантологии, так как имеется возможность изъятия органов и тканей, не поврежденных ишемией, в отличие от тех, которые извлекаются из тела человека после констатации кардиопульмонарной смерти. По этой причине в настоящее время в мире большая часть трупных почек заготавливается от доноров с установленной смертью мозга. С одной стороны, можно говорить о «лучшем» качестве органов человека, смерть которого констатирована по указанному критерию, а с другой – переход на неврологический критерий констатации смерти привел к дефициту донорских органов и, как следствие, к возобновлению интереса к асистолическим донорам [1].

Важен контакт с родственниками перед забором органов у умершего, который позволяет полу-

чить в целях безопасности трансплантации точную информацию о доноре. Иногда недоразумения на практике приводят к спорам родственников с медицинскими учреждениями, которые, по мнению родственников умерших, допустили незаконный забор органов для трансплантации [14].

Существование подходов, ориентированных на презумпцию согласия, в национальном законодательстве ряда государств обусловлено сложившимися стереотипами общества. Так, социологические опросы свидетельствуют о том, что многие люди знают о потребности в донорском материале, однако они неохотно соглашаются на использование для пересадки собственных органов или органов своих родственников. Среди причин этого явления социологи называют следующие:

- иллюзия все еще длящейся жизни – чувство, что целостность мертвого тела должна поддержи-

ваться, словно умерший продолжает считаться живым человеком;

- потребность уважать умершего как способ выразить уважение к тому, кто когда-то был живым;
- недоверие к официальной медицине и к биомедицинским достижениям, таким как критерий смерти мозга, и ощущение беспокойства при мысли о собственной беспомощности;
- ощущение того, что трансплантация противорестественна, в том числе дискомфорт при мысли о том, что собственные органы продолжают жить в теле другого человека, или страх обидеть Бога или природу [3].

В качестве аргумента, направленного на стимулирование людей выступать в качестве посмертных доноров, приводится следующий: если вы готовы получить донорский орган в случае необходимости, то вы должны быть готовы и стать донором.

Правовой статус реципиента при трансплантации органов

Реципиент – пациент, которому осуществляется трансплантация (только с его письменного согласия). При этом реципиент должен быть письменно предупрежден о возможном ухудшении его здоровья в результате предстоящего медицинского вмешательства. Если реципиентом является несовершеннолетнее лицо, которое не приобрело дееспособности в полном объеме, либо лицо, признанное в установленном порядке недееспособным, то трансплантация осуществляется с письменного согласия его законного представителя. На наш взгляд, аналогичный подход можно было бы предусмотреть и при донорстве несовершеннолетнего, приобретшего дееспособность. Трансплантация реципиенту, не способному по состоянию здоровья к принятию осознанного решения, осуществляется с письменного согласия супруга (супруги) или одного из близких родственников. В исключительных случаях, когда промедление в проведении трансплантации угрожает жизни реципиента, а законные представители лица отсутствуют или установить их местонахождение невозможно, решение о проведении трансплантации принимается врачебным консилиумом, а при невозможности собрать его – врачом-специалистом, осуществляющим трансплантацию, с оформлением записи в медицинских документах и последующим уведомлением об этом должностных лиц государственной организации здравоохранения в течение суток.

В нашем законодательстве следовало бы предусмотреть право потенциальных реципиентов на обеспечение им доступа к информации о наличии донорских органов и других анатомических материалов человека. Это в условиях их дефицита исключало бы предпосылки для коррупции в данной сфере.

Постоянное совершенствование медицинской технологии, особенно в преодолении отторжения

органов и тканей, привело к увеличению спроса на них. При этом спрос всегда превышал предложение, несмотря на значительное увеличение масштабов предоставления органов от скончавшихся доноров, а также на возросшее использование в последние годы органов живых доноров. Нехватка имеющихся для пересадки органов в ряде случаев может стимулировать рост незаконной торговли человеческими органами, особенно полученными от живых доноров, не имеющих родственных связей с реципиентами.

В Киевской области в 2011 г. судили двух руководителей отделений Киевского областного бюро судебно-медицинских экспертиз и заведующего патологоанатомическим отделением одной из районных больниц области, которых обвинили в нарушении порядка трансплантации органов. Было установлено, что указанные лица на протяжении 2010 г. во время проведения вскрытий трупов нарушили требования законодательства и без получения от родственников умерших согласия на взятие анатомических материалов, без составления предусмотренных законом актов об изъятии органов хирургическим путем изъяли из 26 трупов глазные яблоки. Удаленные органы обвиняемые передавали в одну из Киевских офтальмологических больниц для последующей трансплантации [15]. Сотрудниками МВД Беларуси также были установлены факты торговли человеческими органами. Молодые мужчины в возрасте до 30 лет без проблем со здоровьем соглашались на незаконные операции по изъятию почек, которые проводились в Эквадоре и Косово [16]. Вопросы ответственности за незаконную трансплантацию органов должны быть в поле зрения правоохранительных органов, однако эта тема выходит за пределы нашего внимания в данной статье.

Заключение

Достижения науки и техники, овладение врачами технологией трансплантации органов и тканей человека способствуют развитию медицинской деятельности. Однако эта сфера требует соответствующего юридического сопровождения. В Республике Беларусь достигнуты успехи в области трансплантологии, приняты и действуют законы и иные нормативные правовые акты, регулирующие данный вид медицинских услуг. Вместе с тем, правовое регулирование нуждается в дальнейшем совершенствовании. В силу дефицита живых доноров предлагается расширить их круг за счет родственников, которые, согласно действующему гражданскому законодательству, могут являться наследниками. В настоящее время этот круг ограничен лишь близкими родственниками. Важно сохранить действие такого принципа трансплантации, как бесплат-

ность. Поэтому расширение круга живых доноров не должно привести к нарушению указанного принципа. В законе следует специально оговорить, что право на пересадку органов имеют иностранные граждане, постоянно проживающие в Беларуси. В Едином регистре трансплантации должны содержаться сведения не только о живых лицах, у которых изъяли органы, но и об умерших. Такая транспарентность должна содействовать укреплению законности в данной сфере отношений.

При осуществлении трансплантации органов важно соблюдать этические нормы. Их нарушение может повлечь претензии к медицинскому учреждению и даже, на наш взгляд, требование о возмещении морального вреда со стороны пострадавшего. Соответствующее положение необходимо более определенно закрепить в законодательстве.

Библиографические ссылки

1. Салагай ОО. Трансплантация органов и тканей человека в международно-правовом и сравнительно-правовом аспектах [Электронный ресурс]. URL: http://www.nbpublish.com/library_read_article.php?id=-14483 (дата обращения: 05.11.2017).
2. О трансплантации органов и тканей человека: Закон Республики Беларусь от 4 марта 1997 г. № 28-З. [Электронный ресурс]. *КонсультантПлюс: Беларусь / ООО «ЮрСпектр»*. Минск; 2018.
3. Этические проблемы трансплантологии [Электронный ресурс]. URL: <https://studfiles.net/preview/1823444> (дата обращения: 10.03.2018).
4. Пересадка органов в Испании [Электронный ресурс]. URL: <https://espanarusa.com/ru/pedia/article/268085> (дата обращения: 02.04.2018).
5. Руководящие принципы ВОЗ по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов [Электронный ресурс]. URL: http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22ru.pdf (дата обращения: 20.03.2018).
6. Гражданский кодекс Республики Беларусь [Электронный ресурс]. *КонсультантПлюс: Беларусь / ООО «ЮрСпектр»*. Минск; 2018.
7. О трансплантации органов и (или) тканей человека: Федеральный закон [Электронный ресурс]. *КонсультантПлюс: Россия / ЗАО «Консультант плюс»*. Москва; 2018.
8. Декларация о трансплантации человеческих органов [Электронный ресурс]. URL: http://www.med-pravo.ru/International/Transpl_Decl.htm (дата обращения: 02.04.2018).
9. Инструкция о порядке создания и ведения Единого регистра трансплантации: Постановление Министерства здравоохранения Республики Беларусь от 18 марта 2013 г. № 19: в редакции от 10 апреля 2015 г. [Электронный ресурс]. *КонсультантПлюс: Беларусь / ООО «ЮрСпектр»*. Минск; 2018.
10. О компенсации расходов, связанных с необходимостью восстановления здоровья живого донора в связи с забором органов и (или) тканей: Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 16 июля 2007 г. № 904: в редакции от 23 декабря 2008 г. [Электронный ресурс]. *КонсультантПлюс: Беларусь / ООО «ЮрСпектр»*.
11. Трансплантология в Испании [Электронный ресурс]. URL: <http://barcelonamedicalservice.com/spec/transplantologia-v-ispanii.html> (дата обращения: 17.03.2018).
12. Дожить до трансплантации: в Сибири не хватает донорских органов [Электронный ресурс]. URL: <http://nsknews.info/materials/dozhit-do-transplantatsii-v-sibiri-ne-khvataet-donorskih-organov/> (дата обращения: 10.03.2018).
13. О погребении и похоронном деле : Закон Республики Беларусь от 12 ноября 2001 г. № 55-З: в редакции от 8 января 2015 г. [Электронный ресурс]. *КонсультантПлюс : Беларусь / ООО «ЮрСпектр»*. Минск; 2017.
14. Бескаравайная Т. Спор о трансплантации органов в России разрешит ЕСПЧ [Электронный ресурс]. URL: <https://medvestnik.ru/content/news/Spor-o-transplantacii-organov-v-Rossii-razreshit-ESPCh.html> (дата обращения: 19.03.2018).
15. Киевские патологоанатомы похищали глаза у трупов для трансплантации [Электронный ресурс]. URL: <https://news.tut.by/accidents/250248.html> (дата обращения: 26.03.2018).
16. Яновская О. Черные трансплантологи в Беларуси – это реальность? [Электронный ресурс]. URL: <https://news.tut.by/health/210944.html> (дата обращения: 29.03.2018).

References

1. Salagai OO. Transplantation of human organs and tissues in the international legal and comparative legal aspects [cited 2017 November 5]. Available from: http://www.nbpublish.com/library_read_article.php?id=-14483. Russian.
2. On transplantation of human organs and tissues: Law of the Republic of Belarus from 4 March 1997 No. 28-3. *Consul'tantPlus: Belarus / «YurSpektr»*. Minsk; 2018. Russian.

3. Ethical problems of transplantology [cited 2018 March 10]. Available from: <https://studfiles.net/preview/1823444>. Russian.
4. Organ transplantation in Spain [cited 2018 April 2]. Available from: <https://espanarusa.com/en/pedia/article/268085>. Russian.
5. Guiding Principles for the Transplantation of Human Cells, Tissues and Organs [cited 2018 March 20]. Available from: http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22en.pdf.
6. Civil Code of the Republic of Belarus. *Consul'tantPlus: Belarus / «YurSpektr»*. Minsk; 2018. Russian.
7. About transplantation of organs and (or) tissues of a person: Federal law. *Consul'tantPlus: Russia «YurSpektr»*. Moscow; 2018. Russian.
8. Declaration on the transplantation of human organs Organs [cited 2018 April 2]. Available from: http://www.med-pravo.ru/International/Transpl_Decl.htm. Russian.
9. Instruction on the procedure for creating and maintaining a single transplant registry: Decree of the Ministry of Health of the Republic of Belarus of 18 March 2013 No. 19. *Consul'tantPlus : Belarus / «YurSpektr»*. Minsk; 2017. Russian.
10. On compensation of expenses related to the need to restore the health of a living donor in connection with the collection of organs and (or) tissues: Resolution of the Council of Ministers of the Republic of Belarus of 2007 July 16 No. 904 : as amended on 23 December 2018. *Consul'tantPlus : Belarus / «YurSpektr»*. Minsk; 2018. Russian.
11. Transplantology in Spain [cited 2018 March 17]. Available from: <https://barcelonamedicalservice.com/spec/transplantologiya-v-ispanii.html>. Russian.
12. To live before transplantation: there are not enough donor organs in Siberia [cited 2018 March 10]. Available from: <http://nsknews.info/materials/dozhit-do-transplantatsii-v-sibiri-ne-khvataet-donorskikh-organov>. Russian.
13. About burial and funeral business: Law of the Republic of Belarus from 12 November 2001 No. 55-3: as amended on 2 January 2015. *Consul'tantPlus: Belarus / «YurSpektr»*. Minsk; 2017. Russian.
14. Beskaravaynaya T. The dispute over organ transplantation in Russia will be resolved by the ECHR [cited 2018 March 19]. Available from: <https://medvestnik.ru/content/news/Spor-o-transplantacii-organov-v-Rossii-razreshit-ESPCh.html>. Russian.
15. Kiev pathologists abducted the eyes of corpses for transplantation [cited 2018 March 26]. Available from: <https://news.tut.by/accidents/250248.html>. Russian.
16. Yanovskaya O. Black transplantologists in Belarus – is this reality? [cited 2018 March 29]. Available from: <https://news.tut.by/health/210944.html>. Russian.

Статья поступила в редколлегию 11.05.2018.
Received by editorial board 11.05.2018.

УДК 34:378.016(476)

ОТ КОНЦЕПЦИИ ДО КОНКРЕТНОГО ЮРИСТА И ЧЕЛОВЕКА

В. С. КАМЕНКОВ¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Анализируются объективные начала и предпосылки, а также формальные причины, ставшие основаниями для разработки и принятия Концепции развития юридического образования в Республике Беларусь на период до 2025 г. Выделяются ее характерные особенности, научная новизна, практическая значимость, а также соответствие Конституции Республики Беларусь, преемственность с действующим Кодексом Республики Беларусь об образовании и международными стандартами в сфере юридического образования.

Ключевые слова: юрист; образование; концепция; право; регулирование; стандарт; новеллы; тенденции; общество; государство; студент; преподаватель.

FROM THE CONCEPT TO THE CONCRETE LAWYER AND THE PERSON

V. S. KAMENKOV^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

The proposed article analyzes the objective principles and assumptions, as well as the formal reasons that have become the basis for the development and adoption of the Concept of the development of legal education in the Republic of Belarus for the period up to 2025. Its characteristic features, scientific novelty, practical importance, as well as its conformity to the Constitution of the Republic of Belarus, continuity with the current Education Code and international standards in the field of legal education are singled out.

Key words: lawyer; education; concept; law; regulation; standard; novels; trends; society; state; student; teacher.

Интересной особенностью обсуждаемой Концепции развития юридического образования в Республике Беларусь на период до 2025 г. (далее – Концепция) можно назвать ее коллегиальный и коллективный характер. Он проявился в следующем.

Во-первых, формальными поводами для разработки проекта Концепции стали коллегиальные решения не только самих юристов, но и Решение Совета по вопросам правовой и судебной деятельности при Президенте Республики Беларусь от 16 марта 2016 г. и последовавшие за ним поручение Совета Министров Республики Беларусь

№ 05/400-6, а также приказ Министра образования Республики Беларусь (далее – Министр образования) от 29 ноября 2017 г. № 755.

Во-вторых, названным приказом Министра образования была создана большая рабочая группа (более 40 человек) из представителей различных министерств и ведомств, включая суды, органы прокуратуры, следствия, адвокатуры, нотариата, столичных и территориальных вузов, общественных организаций, основной задачей которой была подготовка и обсуждение проектов Концепции и плана мероприятий по ее реализации. Данная

Образец цитирования:

Каменков В.С. От концепции до конкретного юриста и человека. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2018;2:12–18.

For citation:

Kamenkov VS. From the concept to the concrete lawyer and the person. *Journal of Belarusian State University. Law.* 2018;2:12–18. Russian.

Автор:

Виктор Сергеевич Каменков – доктор юридических наук, профессор; заведующий кафедрой финансового права и правового регулирования хозяйственной деятельности юридического факультета.

Author:

Victor S. Kamenkov, doctor of science (law), full professor; head of the department of financial law and legal regulation of economic activities, faculty of law.
finance204@mail.ru

группа в еще более расширенном составе (с привлечением известных в Беларуси ученых-правоведов) неоднократно собиралась для коллегиального обсуждения представляемых проектов Концепции, внесения в них предложений и иных корректив. Возглавляли ее на правах сопредседателей первый заместитель Министра образования и заместитель Министра юстиции Республики Беларусь.

В-третьих, из числа указанной большой рабочей группы была создана малая рабочая группа (В. С. Каменков, О. Н. Здрок, О. Н. Романова, Т. А. Червякова), задачами которой были подготовка первоначального и последующих вариантов Концепции с учетом поступающих предложений. Этой группе пришлось творчески поработать над сбором необходимых объективных данных, их анализом и непосредственной подготовкой текста Концепции.

В-четвертых, Концепция была доработана в Министерстве образования Республики Беларусь (Е. А. Липа), а потом согласована десятью уполномоченными должностными лицами, руководителями республиканских министерств и ведомств, общественных организаций и утверждена Министром образования.

В-пятых, изучался не только национальный, но и иностранный опыт.

Так, классическое юридическое образование в Германии жестко регламентировано и предполагает прохождение качественной подготовки для дальнейшего допуска выпускника к работе в юридической сфере, и в первую очередь, к судейству. В ФРГ юридическое образование состоит из двух стадий (фаз) (нем. *Zweistufig*). Первая – университетское образование (нем. *Universitätsstudium*) – длится не менее четырех лет и заканчивается первым государственным юридическим экзаменом, состоящим из нескольких самостоятельных испытаний по разным предметам, в вузе. Вторая фаза является практическим подготовительным периодом и называется референдариа́т (нем. *Referendarzeit*). В это время студенты проходят двухгодичную практику в различных правовых инстанциях (в суде или юридической конторе) и готовятся к сдаче второго государственного юридического экзамена, также состоящего из нескольких испытаний (в основном практической направленности), сдача которого дает право на вхождение в авторитетные юридические профессии (судья, прокурор, адвокат или нотариус) [1].

В ряде стран (например, Великобритания, Германия, Франция), как показывают публикации и личный опыт общения с иностранными коллегами, высшее юридическое образование является лишь первым шагом на пути к юридической профессии. Выпускник вуза обязан пройти дополнительную подготовку, включающую в себя стажировки и специальные курсы, которые организуются профес-

сиональными объединениями юристов. Юридическое сообщество в итоге не полагается только лишь на меры государственного контроля, а само создает фильтры, которые защищают рынок труда от проникновения некачественно подготовленных юристов [2, с. 169].

Поэтому имеются все основания назвать исследуемую Концепцию результатом работы коллективного разума. По-другому и быть не могло. Концепция без преувеличения затрагивает судьбы огромного количества людей и организаций как в настоящем времени, так и в будущем.

Нужно признать, однако, что независимо от субъективного восприятия, пусть и не самыми непосредственными, но реальными и объективными факторами для появления мыслей и идей об исследуемой Концепции явились в том числе глобализация мировой экономики, продолжающиеся социально-экономические изменения в Республике Беларусь, строительство экономики знаний, всеобщая информатизация. Ведь эти масштабные процессы, охватившие различные по своим объемам и характеру субъекты, ставят перед государствами, обществом и конкретными людьми новые конкретные проблемы. Оставаться в стороне от этих процессов – значит подвергнуться повышенным рискам из-за неподготовленности. А образование в мире рассматривается как общественное благо, как основа развития личности, общества, государства и одновременно как фундаментальное право человека – право на образование. Юридическое же образование – базис эффективной защиты прав и свобод человека, интересов государства и общества.

Необходимость разработки Концепции определили также:

- особая значимость юридической профессии для защиты прав и свобод человека, для обеспечения эффективного функционирования органов государственной власти и управления, для поддержания баланса социальной справедливости и надлежащей безопасности государства и общества;
- роль правового регулирования в развитии экономики и других сфер жизни общества, обеспечении социальных гарантий и прав граждан;
- результаты изучения образовательного процесса, научно-исследовательской и учебно-методической работы, материально-технического обеспечения в учреждениях образования, осуществляющих подготовку юридических кадров, которые свидетельствуют о некоторых недостатках подготовки юридических кадров с точки зрения ее соответствия современным тенденциям развития белорусского государства и потребностям национальной правовой системы.

В условиях растущей в мире конкуренции на рынке высшего профессионального образования

развитие системы юридического образования в Республике Беларусь, по нашему мнению, должно определяться способностью государства к подготовке специалистов, готовых к профессиональной деятельности в условиях интенсивного экономического роста, основанного на инициативе и предприимчивости бизнеса, применения инновационных и информационных технологий в базовых отраслях, современных системах управления.

Перед разработчиками Концепции были поставлены и такие **задачи**, как:

- оценка состояния, тенденций развития юридического образования в Республике Беларусь и эффективности использования накопленного в данной сфере потенциала в деле правового обеспечения национальной безопасности;

- определение системы приоритетов, направлений и организационного механизма дальнейшего совершенствования юридического образования в нашей стране;

- выявление существующих проблем в данной сфере, предложение возможных путей их преодоления, в том числе определение комплекса мероприятий по нормативно-правовому, организационному, кадровому и материально-техническому обеспечению необходимых преобразований в системе юридического образования.

Целью же Концепции является создание условий для повышения качества и эффективности подготовки юридических кадров, способных к профессиональной деятельности в условиях процесса глобализации и интенсивного экономического роста, для удовлетворения потребности в них судов, органов государственной власти и управления, прокуратуры и иных правоохранительных органов; максимальной эффективности использования на различных уровнях образования как научного и педагогического потенциала отечественной юридической школы, так и высокопрофессиональных специалистов, представителей заказчиков кадров.

Сама Концепция может стать началом теоретических исследований природы, понятия, функций, предназначения самого юридического образования.

Так, в Концепции **впервые даны примерные дефиниции** таким понятиям, как качество и эффективность юридического образования.

Качество юридического образования рассматривается как мера соответствия его результатов на конкретном уровне государственному и социальному заказу, учитывающему современные требования политических, экономических и иных общественных отношений.

Нам предстоит налаживать отечественную и учитывать международную инфраструктуру оценки качества образования, которая, по мнению Е. Щербака, включает в себя [3]:

- международную сеть агентств, гарантирующих качество высшего образования (*International Network for Quality Assurance Agencies in Higher Education – INQAAHE*), главная цель которой – сбор, анализ и распространение информации о современных теориях и практике оценки качества высшего образования;

- европейскую сеть гарантии качества высшего образования (*European Network for Quality Assurance in Higher Education – ENQA*), цель которой – европейское сотрудничество в области гарантии качества в высшем образовании и соответствующих положений Болонской декларации;

- международный альянс по транснациональному образованию (*Global Alliance for Transnational Education – GATE*), основная цель деятельности которого – содействие в получении и совершенствовании высшего образования вне рамок каких-либо государств. В целях глобального управления транснациональным образованием *GATE* для административно-правового регулирования данного вида высшего образования разработал Принципы транснационального образования, являющиеся сводом международных норм-принципов, регулирующих развитие нового вида высшего образования. *GATE* разработал и внедрил сертификацию альянса в зоне транснационального образования как процедуру международного обеспечения качества высшего образования и профессиональной подготовки вне государственных границ;

- Ассоциацию европейских университетов (далее – Ассоциация): Конференцию ректоров университетов (*Association of European Universities – CRE*), которая не сама осуществляет оценку, аккредитацию учреждений высшего образования и подтверждение результатов их собственной самооценки, а использует экспертов из зарубежных университетов, назначенных Ассоциацией. Сотрудничество *CRE* с американскими агентствами по аккредитации делает возможным разрешать вопросы взаимного признания аккредитации европейских и американских университетов, которую, на наш взгляд, следует рассматривать как взаимную оценку учреждений высшего образования европейского и американского континентов.

Эффективность юридического образования рассматривается в качестве показателя достижения конкретного результата в ходе образовательного процесса и представляет собой зависимость между полученным результатом и затраченными на достижение данного результата усилиями. «Качество образования – это его соответствие поставленным целям» – базисная рекомендация Всемирной декларации о высшем образовании для XXI века: подходы и практические меры, утвержденной на Всемирной конференции по высшему образованию 9 октября 1998 г. в Париже [2].

Стоит обратить внимание и на такую новеллу. В рассматриваемой Концепции были не просто вычленены из принципов государственной политики в сфере образования [4; 5], но и **сформулированы самостоятельные принципы государственной политики подготовки и использования юридических кадров**. Эти принципы теперь получили признание на уровне официального документа и заключаются в:

- соблюдении баланса интересов личности, общества и государства, их взаимной ответственности;
- комплексном подходе к решению задач подготовки юридических кадров;
- разграничении полномочий государственных органов в решении задач подготовки юридических кадров;
- осуществлении государственного регулирования системы юридического образования с учетом потребностей общества и государства в профессиональных юридических знаниях;
- единстве и взаимосвязи уровней подготовки юридических кадров, их последовательности, системности и комплексном определении необходимых квалификационных требований к уровню подготовки в учреждениях высшего образования юридических кадров для поступления на службу в органы прокуратуры, иные правоохранительные органы, суд;
- сочетании теоретических знаний и практических навыков в профессиональной подготовке юридических кадров, в том числе для органов прокуратуры, иных правоохранительных органов, суда;
- оперативности и своевременности принятия мер по совершенствованию подготовки юридических кадров;
- использовании в подготовке юридических кадров полной, достоверной и актуальной правовой информации;
- интеграции в мировое юридическое образовательное пространство при сохранении и развитии традиций национальной системы юридического образования.

Все это соответствует таким международным принципам и стандартам, как всеобщность, доступность, равноправие, открытость, а также бесплатность как цель для среднего и высшего уровней образования, которые определяются для всех уровней организации образования [6, с. 216].

Разработчики проекта Концепции предлагали сформулировать и задачи государственной политики в области подготовки и использования юридических кадров. Но они не вошли в окончательную редакцию данного документа.

Не менее значимым для системы юридического образования Республики Беларусь, для обучающихся

и преподавателей стало обозначение в Концепции следующих **современных тенденций развития юридического образования**:

- многоуровневость и ступенчатость образования;
- специализация и фундаментализация содержания образовательных программ;
- переход к междисциплинарному обучению;
- гибкость и вариативность учебно-программной документации образовательных программ;
- информатизация юридического образования и усиление роли информационно-коммуникационных технологий в обеспечении процесса образования;
- индивидуализация форм и методов обучения;
- увеличение объема самостоятельной работы обучающихся;
- усиление практической направленности;
- интернационализация образования.

В числе **основных проблем**, которые сегодня имеются в юридическом образовании, Концепция назвала, в частности, следующие:

- отсутствие эффективной системы прогнозирования потребности в юридических кадрах и планирования подготовки специалистов;
- недостаточное обеспечение образовательного процесса высококвалифицированными преподавателями в отдельных учреждениях образования, старение кадрового состава преподавателей с учеными степенями и званиями;
- низкая эффективность учебных и производственных практик; формальный подход к формированию компетентностной модели подготовки специалиста-юриста;
- отсутствие системности в определении структуры специальностей и квалификаций юридического образования на уровнях среднего специального, высшего и послевузовского образования;
- несбалансированность распределения обучающихся по формам получения высшего юридического образования, преобладание заочной формы обучения в отдельных учреждениях образования;
- наличие образовательных стандартов, учебных планов и программ подготовки, не ориентированных в полной мере на подготовку специалистов по вопросам новейших тенденций правового регулирования общественных отношений, информатизации правовой системы государства и использования государственных информационно-правовых ресурсов в юридической деятельности;
- недостаточный уровень сотрудничества учреждений образования с заказчиками юридических кадров при формировании профессиональных компетенций выпускников, в том числе поступающих на службу в органы прокуратуры, иные правоохранительные органы, суд;

- осуществление подготовки юридических кадров на уровнях среднего специального и высшего образования в непрофильных учреждениях образования;
- недостаточное обеспечение конкурентоспособности национальной системы юридического образования на различных уровнях;
- отставание темпов содержательной эволюции юридического образования от общемировых требований и тенденций развития;
- недостаточное финансирование приоритетных направлений развития юридической науки, в том числе за счет средств, полученных от внебюджетной деятельности и др.

Среди причин, которые способствовали появлению и усугублению названных выше проблем юридического образования, Концепция называет, в частности, такие:

- образовательные программы среднего специального юридического образования реализуются 16 образовательными учреждениями (9 государственных и 7 частных). Отметим, что из них только одно является профильным. В заочной форме среднее юридическое образование получают более 40 % учащихся. При этом в средних образовательных учреждениях, подчиненных областным исполнительным комитетам, этот показатель равен 65 %, в частных – 40 %. Нельзя не заметить и такую конституционную «деталь»: каждый может на конкурсной основе бесплатно получить соответствующее образование **в государственных учебных заведениях** (ст. 49) [4];

- в 5 учреждениях образования численность лиц, получающих высшее юридическое образование заочно, превышает 70 % от общего количества обучающихся. Всего же 12 учреждений высшего образования осуществляют подготовку юридических кадров преимущественно в заочной форме;

- подготовку по юридическим специальностям в учреждениях высшего образования обеспечивают 36 докторов юридических наук и 366 кандидатов юридических наук, из которых 24 доктора юридических наук (66,7 %) и 69 кандидатов юридических наук (18,8 %) старше 60 лет;

- 23 доктора юридических наук (63,9 %) и 317 кандидатов юридических наук (86,6 %) работают в государственных учреждениях высшего образования.

На начало 2016 г. в штатном расписании 10 учреждений высшего образования отсутствуют доктора юридических наук, в 7 – количество кандидатов юридических наук составляет менее 5 человек.

Для достижения той цели, ради которой разрабатывалась Концепция, в ней сформулированы **следующие задачи**:

- определение основных направлений дальнейшего развития системы юридического образования в соответствии с современными мировыми

тенденциями в сфере образовательных услуг на основе анализа и оценки состояния юридического образования в Республике Беларусь;

- разработка комплекса мероприятий по нормативному правовому, кадровому, учебно-методическому и научному обеспечению необходимых преобразований в системе юридического образования;

- активизация взаимодействия учреждений высшего образования с организациями – заказчиками юридических кадров, в том числе судом, органами прокуратуры, и формирование долгосрочных взаимовыгодных отношений;

- повышение правовой грамотности и правовой культуры граждан;

- совершенствование подходов к организации образовательного процесса при подготовке юридических кадров с участием организаций – заказчиков юридических кадров;

- повышение уровня информатизации процессов юридического образования, соответствующего современному состоянию и тенденциям развития информатизации государства и правовой системы, на основе использования государственных информационно-правовых ресурсов;

- формирование профессиональных компетенций специалистов, наиболее полно соответствующих интересам государства и потребностям рынка труда, их способности и готовности к решению задач высокой степени сложности и ответственности, постоянному самообразованию и профессиональному росту;

- проведение регулярных мониторингов качества образовательного процесса при подготовке юридических кадров, в том числе с привлечением к этой деятельности организаций – заказчиков юридических кадров;

- формирование высокого социально-нравственного профессионального облика юриста, обладающего гражданской зрелостью, правовой и политической культурой;

- воспитание у обучающихся патриотизма, уважения к общечеловеческим фундаментальным ценностям и этическим нормам.

А в главе 4 Концепции изложены **основные направления, по которым будет развиваться система юридического образования** для решения обозначенных в документе задач. Названо шесть основных направлений:

- улучшение системы подготовки юридических кадров, ориентированной на рынок труда;

- изменение подходов к стандартизации юридического образования на различных уровнях и ступенях образования;

- улучшение кадрового обеспечения учреждений образования, осуществляющих подготовку юридических кадров;

- повышение качества образовательного процесса;
- интеграция системы юридического образования в международное образовательное пространство;
- совершенствование финансирования юридического образования.

Каждое из этих направлений наполнено конкретными содержательными мероприятиями.

Первое направление, в частности, предусматривает:

- совершенствование системы прогнозирования и планирования подготовки юридических кадров: обеспечение сбалансированности распределения обучающихся по направлениям образования, специальностям и формам получения образования;
- оптимизацию с учетом потребности в квалифицированных юридических кадрах количества учреждений образования, осуществляющих подготовку юридических кадров, и контрольных цифр приема на юридические специальности.

Второе направление, например, включает в себя содержательное обновление образовательных стандартов и учебно-программной документации образовательных программ по юридическим специальностям с учетом новейших тенденций правового регулирования общественных отношений (работа с государственными информационно-правовыми ресурсами, интеграционные процессы и рост трансграничных взаимодействий, экологизация, развитие альтернативных способов разрешения и урегулирования социальных и правовых конфликтов, использование современных информационных технологий, развитие новых комплексных отраслей права и междисциплинарных направлений правовой теории и практики и др.).

Третье направление содержит в том числе:

- выполнение требований по укомплектованности кафедр учреждений образования, осуществляющих подготовку кадров по юридическим специальностям, соответствующим профессорско-преподавательским составом;

- совершенствование системы повышения квалификации профессорско-преподавательского состава и прохождение обязательных практических стажировок в государственных органах, в том числе суде, органах прокуратуры и иных организациях страны и за рубежом;

- привлечение сотрудников государственных органов и организаций к участию в образовательном процессе учреждений образования по вопросам формирования практических навыков осуществления юридической деятельности, использования информационных технологий и государственных информационно-правовых ресурсов в юридической деятельности, руководству учебной и произ-

водственной практикой, курсовыми и дипломными работами.

Четвертое направление охватывает:

- расширение использования современных технологий образовательного процесса, форм и методов учебной, научно-исследовательской, идеологической и воспитательной работы с обучающимися по юридическим специальностям (внедрение и развитие дистанционных форм обучения на различных уровнях и ступенях юридического образования; дальнейшее развитие и совершенствование системы юридического клинического образования и олимпиадного движения);

- развитие сетевой и кооперативной форм взаимодействия учреждений образования, осуществляющих подготовку юридических кадров, в целях обеспечения территориальной доступности образовательных услуг при одновременном соблюдении стандартов высокого качества юридического образования (активизация сотрудничества между факультетами и кафедрами юридического профиля путем подготовки и проведения совместных учебно-методических мероприятий; создание научно-методических объединений «родственных кафедр») и иные.

Пятое направление вводит:

- разработку образовательных программ по юридическим специальностям на основе модульного принципа в целях обеспечения участия Республики Беларусь в интеграционных процессах, в том числе совместно с учреждениями образования из стран-партнеров, и повышения конкурентоспособности национальной системы юридического образования на различных уровнях;

- разработку и реализацию совместных образовательных программ высшего образования по юридическим специальностям с зарубежными партнерами;

- развитие мобильности обучающихся, преподавателей, исследователей и административных работников учреждений образования в целях повышения своей профессиональной квалификации, проведения исследований, стажировок как важнейшей составляющей обеспечения высокого качества образовательного процесса и др.

Шестое направление предполагает:

- обеспечение финансирования приоритетных направлений развития юридической науки, а также разработки новых учебных изданий;

- совершенствование оплаты научного руководства подготовки кандидатских и докторских работ за счет средств, поступивших от платных образовательных услуг;

- обеспечение учреждениями образования целевого использования бюджетного финансирования юридического образования, а также средств, полученных от платных образовательных услуг.

Предусмотрены в Концепции также механизм и план ее реализации, планируемые результаты, показатели ее социально-экономической эффективности.

Совсем недавно в интернете можно было прочитать, что в 2018 г. изменены контрольные цифры приема абитуриентов в белорусские вузы на специальности юридического и экономического профиля и что возможно сокращение набора на заочную форму обучения¹. Правда, ссылка делается не на Концепцию, а на Республиканский педагогический совет. Но можно констатировать, что идеи Концепции уже получают реализацию.

Факт вступления Беларуси в Болонский процесс вовсе не означает обязанность нашей страны, в том числе в отношении юридического образования, интегрироваться автоматически в предложенную систему получения и оценки его качества. Важно понимать, что даже в условиях функционирования мирового рынка высшего образования и труда все-таки можно и нужно учитывать при развитии отечественного образовательного законодательства особенности национальной системы высшего образования, сберечь традиции белорусской правовой высшей школы, делая их достоянием мировой системы высшего образования.

Библиографические ссылки

1. Макаров АВ, Антропов РВ, Сутурина МН. Специализированное стационарное обучение как важнейшая составляющая подготовки юристов для административной сферы в Германии (на примере земли Бавария). *Государственная власть и местное самоуправление*. 2016;5:8–13.
2. Новикова А, Шабельников Д, Шепелева О, редакторы. Юридическое образование: поиск новых стандартов качества. Москва: Институт «Право общественных интересов» (PILnet); 2013.
3. Щербак ЕН. Актуальные вопросы международной стандартизации нормативных требований к оценке качества высшего образования в рыночных условиях. *Юридическое образование и наука*. 2011;4:27–29.
4. Конституция Республики Беларусь 1994 года (с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.). *Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь*. 05.01.1999. № 1. 1/0.
5. Кодекс Республики Беларусь об образовании: Кодекс Республики Беларусь от 13 января 2011 г. № 243-3 (ред. от 18 июля 2016 г.). *Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь*. 2016. 21 июля. 2/2402.
6. Николаев БВ. Право на образование и международные стандарты Организации Объединенных Наций. *Международное право и международные организации*. 2014;2:215–222. DOI: 10.7256/2226-6305.2014.2.11895.

References

1. Makarov AV, Antropov RV, Suturina MN. Specialized station training as the most important component of lawyers training for administrative sphere in Germany (as exemplified by the Bavaria State). *State power and local self-government*. 2016;5:8–13. Russian.
2. Novikova A, Shabel'nikov D, Shepeleva O, editors. Legal Education: the search for new quality standards. Moscow: Institute for Public Interest Law (PILnet); 2013. Russian.
3. Shcherbak EN. Topical issues of international standardization of normative requirements to evolution of quality of higher education in market conditions. *Juridical Education and Science*. 2011;4:27–29. Russian.
4. The Constitution of the Republic of Belarus of 1994 (with amendments and additions adopted 24 November 1996 and 17 October 2004). *National Register of Legal Acts of the Republic of Belarus*. 05.01.1999. No. 1. 1/0. Russian.
5. The Code of the Republic of Belarus on Education: The Code of the Republic of Belarus, 13 January 2011, No. 243-3 (as amended on 18 July 2016). *The National Legal Internet Portal of the Republic of Belarus*. 2016. 21 July. 2/2402.
6. Nikolaev BV. The Right to Education and International Standards of the United Nations. *International Law and International Organizations*. 2014;2:215–222. DOI: 10.7256/2226-6305.2014.2.11895. Russian.

Статья поступила в редколлегию 04.06.2018.
Received by editorial board 04.06.2018.

¹Частные вузы Беларуси заметно сократили планы приема [Электронный ресурс]. URL: <https://news.mail.ru/society/33292800/?frommail=1> (дата обращения: 26.04.2018).

ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

LABOUR LAW AND SOCIAL SECURITY LAW

УДК 613.83+351.761.3+343.85

КОМПЛЕКСНЫЙ ПОДХОД В ОКАЗАНИИ ПОМОЩИ ЛИЦАМ, СТРАДАЮЩИМ НАРКОЗАВИСИМОСТЬЮ: ОПЫТ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ И АВСТРИЙСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

А. О. ГУСЕНЦОВ¹⁾

¹⁾Академия Министерства внутренних дел Республики Беларусь, пр. Машерова, 6, 220005, г. Минск, Беларусь

На основе изучения статистических данных проведен анализ негативных тенденций потребления наркотических средств в мире и в Республике Беларусь в частности. Изложены основные результаты ознакомительного визита в Управление Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности (г. Вена): международному сообществу представлены эпидемическая ситуация и взаимосвязь между ВИЧ и наркоманией в Республике Беларусь, основные положения и пути реализации Декрета № 6 Президента Республики Беларусь от 28 декабря 2014 г. «О неотложных мерах по противодействию незаконному обороту наркотиков», перспективы сотрудничества Министерства внутренних дел Республики Беларусь и общественных организаций по данным вопросам; изучены современные подходы по оказанию комплексной помощи и лечению наркотической зависимости в Австрийской Республике, принципы организации работы Центра помощи лицам, страдающим от наркозависимости, выработаны рекомендации относительно возможностей применения эффективных стратегий помощи наркозависимым лицам в Республике Беларусь.

Ключевые слова: наркопотребление; наркозависимость; помощь наркозависимым лицам.

Благодарность. Выражаем благодарность главе Регионального программного офиса Управления ООН по наркотикам и преступности в Восточной Европе кандидату биологических наук Жаннат Космухамедовой за организацию ознакомительного визита в Управление ООН по наркотикам и преступности, оказанное содействие в работе со специалистами Центра помощи лицам, страдающим от наркозависимости, а также предоставление научной литературы и статистических данных для проведения исследования.

Образец цитирования:

Гусенцов А.О. Комплексный подход в оказании помощи лицам, страдающим наркозависимостью: опыт Республики Беларусь и Австрийской Республики. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2018; 2:19–25.

For citation:

Gusentsov A.O. Comprehensive approach in rendering assistance to persons affecting drug addiction: experience of the Republic of Belarus and the Austrian Republic. *Journal of Belarusian State University. Law.* 2018;2:19–25. Russian.

Автор:

Александр Олегович Гусенцов – кандидат медицинских наук, доцент; заместитель начальника кафедры криминалистики.

Author:

Alexandr O. Gusentsov, PhD (medicine), docent; deputy head of the department of criminalistics.
alexminsk1975@yandex.ru

COMPREHENSIVE APPROACH IN RENDERING ASSISTANCE TO PERSONS AFFECTING DRUG ADDICTION: EXPERIENCE OF THE REPUBLIC OF BELARUS AND THE AUSTRIAN REPUBLIC

A. O. GUSENTOV^a

^aThe Academy of the Interior Ministry of the Republic of Belarus,
6 Masherova Avenue, Minsk 220005, Belarus

Based on the study of statistical data, an analysis of negative trends in the consumption of narcotic drugs in the world and in the Republic of Belarus was conducted. The main results of a fact-finding visit to the United Nations Office on Drugs and Crime (Vienna) are presented: epidemic situation and the relationship between HIV and drug abuse in the Republic of Belarus, the main provisions and ways of implementing Decree No. 6 of the President of the Republic of Belarus on 28 December 2014 «Urgent measures to counter illegal drug trafficking», prospects for cooperation between the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Belarus and public organizations on these issues were presented to the international community; modern approaches to the provision of comprehensive assistance and treatment of drug dependence in the Republic of Austria, the principles of organizing the work of the Center for Assistance to People Suffering from Drug Addiction were studied, and recommendations for the possibility of applying effective strategies for helping drug dependent persons in the Republic of Belarus were worked out.

Key words: drug use; drug addiction; help to drug addicts.

Acknowledgements. We are grateful to Dr. Zhannat Kosmukhamedova, the head of the UNODC Regional Programme Office in the Eastern Europe, PhD (biology) for organizing a study visit to UNODC, assistance in working with the specialists of the Center for Assistance to People Suffering from Drug Addiction, and providing scientific literature and statistical data for conducting.

Введение

Увеличение потребления наркотиков и зависимость от них является одной из острых медико-социальных проблем современного общества. На сегодняшний день наркомания представляет собой серьезную проблему для здоровья населения во многих странах, в том числе и в Республике Беларусь.

Как следует из Всемирного доклада о наркотиках 2017 (*World Drug Report 2017*), подготовленного Управлением ООН по наркотикам и преступности (далее – УНП ООН), в 2015 г. около 250 млн человек употребляли наркотики. Гепатит С имеется у 12 млн человек, употребляющих инъекционные наркотики, из данного числа наркопотребителей у 1,6 млн человек диагностирован ВИЧ. В том же году в мире в результате преждевременной смерти и инвалидности, вызванной употреблением наркотиков, было потеряно 28 млн лет жизни. Приведенные факты накладывают тяжелое бремя на системы общественного здравоохранения с точки зрения профилактики, лечения и ухода за расстройствами, связанными с употреблением наркотиков, и их последствиями для здоровья [1].

Целью настоящего исследования явилось изучение опыта оказания правовой, медицинской и социальной помощи лицам, страдающим наркотической зависимостью, в Австрийской Республике и установление возможностей его использования

для реализации комплексного подхода в оказании помощи указанной категории граждан в Республике Беларусь.

Для достижения указанной цели были поставлены следующие задачи:

- изучить динамику наркопотребления и развития наркозависимости, современное состояние и степень актуальности указанных проблем в мире и в Республике Беларусь в частности;
- установить проблемы и затруднения, с которыми сталкиваются лица, страдающие наркотической зависимостью, с целью определения основных направлений деятельности по оказанию помощи данным лицам;
- выявить основные направления правовой и медико-социальной составляющих комплексного подхода в оказании помощи указанной категории граждан;
- провести сравнительный анализ деятельности неправительственных организаций (далее – НПО) и общественных объединений (далее – ОО) Австрийской Республики и Республики Беларусь, специализирующихся на оказании помощи лицам, имеющим наркотическую зависимость;
- определить возможные пути повышения эффективности функционирования НПО и ОО в Республике Беларусь.

Материал и методы исследования

За последние годы количество больных наркоманией в Республике Беларусь увеличилось в 1,4 раза: с 6145 человек в 2005 г. до 8649 человек на начало 2017 г. Большинство зарегистрированных в стране пациентов с наркоманией – в возрасте 20–40 лет. В последние годы возросло число потребителей синтетических каннабиноидов (спайсов), преимущественно это лица в возрасте 15–29 лет [2].

На протяжении последних четырех лет динамика увеличения количества больных наркоманией в Республике Беларусь составляет около 540 человек в год. По состоянию на 1 января текущего года на диспансерном и профилактическом учете состоят около 11 тыс. больных наркоманией и почти 2 тыс. – токсикоманией. Наша страна не только признала существование этой проблемы, но и на протяжении последних десяти лет активно проводит борьбу с ней. Противодействие незаконному наркообороту и связанной с ним наркопреступности определено Главой государства как одно из приоритетных направлений правоохранительной деятельности не только силовых органов, но и всего государства [3].

В период с 18 по 21 мая 2015 г. нами было принято участие в работе сессии «Взаимодействие правоохранительных структур и других секторов в профилактике ВИЧ среди лиц, употребляющих инъекционные наркотики» заседания Комиссии по предупреждению преступности и уголовному правосудию УНП ООН (г. Вена). С целью представления мировому научному сообществу объективных данных, касающихся эпидемической ситуации и взаимосвязи между ВИЧ и наркоманией в Республике Беларусь, основных положений и путей реализации Декрета № 6 Президента Республики Беларусь от 28 декабря 2014 г. «О неотложных мерах по противодействию незаконному обороту наркотиков», а также перспектив сотрудничества МВД Республики Беларусь и общественных организаций по данным вопросам озвучены основные положения научного доклада «Укрепление партнерских взаимоотношений между правоохранительными органами и гражданским обществом в Республике Беларусь» (*Enhancing partnerships between law enforcement and civil society in the Republic of Belarus*). В процессе последующей научной дискуссии и выступлений других участников были обсуждены актуальные аспекты международных правовых проблем и передового опыта в области противодействия распространению наркотиков и эпидемии ВИЧ/СПИД, выработки стратегии взаимодействия правоохранительных органов, гражданского общества и НПО по профилактике ВИЧ, обмена информацией по правовым и практическим мероприятиям в области противодействия незаконному обороту наркотиков, оказания комплексной помощи и лечения

наркотической зависимости. В целях ознакомления с практической реализацией указанных положений в процессе деятельности НПО в Австрийской Республике состоялся ознакомительный визит в Центр помощи лицам, страдающим от наркозависимости (*Die Suchthilfe Wien gGmbH*) (далее – Центр), деятельность которого направлена на снижение психологических, физиологических и социальных проблем потребителей наркотиков, а также других маргинальных групп [4].

Организация и методические подходы в деятельности вышеуказанного Центра, имеющего 25-летний опыт работы, могут быть полезны для белорусских организаций, специализирующихся на оказании помощи лицам, страдающим наркозависимостью. Целью работы Центра является не только предоставление наркопотребителям временного жилья, услуг по бытовому и медицинскому сопровождению, но и доступа к рынку труда, направление на программы излечения от зависимости и реинтеграция в законопослушное общество.

Городской муниципалитет г. Вена признал, что на раннем этапе помощи лицам, страдающим наркотической зависимостью, комплексный подход имеет важное значение. Работа Центра базируется на комплексном подходе, включающем в себя профилактику, консультирование, лечение и уход за лицами, страдающими наркотической зависимостью, содействие социально ответственному сосуществованию их с другими гражданами в общественных местах, участие в проектах в области реинтеграции наркозависимых лиц в рынок труда.

По сути, функционирование данной организации является примером эффективной реализации Комплексного пакета мер по профилактике ВИЧ, гепатита С и туберкулеза среди потребителей инъекционных наркотиков. Указанный документ впервые был обнародован в 2009 г. и принят на наивысшем политическом уровне, в том числе на уровне Комиссии по наркотическим средствам, Координационного совета программы ЮНЭЙДС, Генеральной Ассамблеи ООН, Экономического и социального совета ООН, Глобального фонда для борьбы со СПИДом, туберкулезом и малярией и Глобальной программы правительства США по СПИДу [5].

Комплексный пакет мер составлен в порядке приоритетности и наличия подтверждений эффективности и включает в себя девять стратегий: программа по обмену игл и шприцев (далее – ПОШ), опиоидная заместительная терапия и другие научно обоснованные способы лечения наркозависимости, консультирование и тестирование на ВИЧ, антиретровирусная терапия, профилактика и лечение заболеваний, передаваемых половым путем, распространение презервативов среди людей, потребляющих инъекционные наркотики (и их половых

партнеров), целевые программы информирования, просвещения и коммуникации для людей, потребляющих инъекционные наркотики (и их половых партнеров), профилактика, вакцинация, диагностика и лечение вирусных гепатитов, профилактика, диагностика и лечение туберкулеза [6, р. 55–62].

Деятельность Центра осуществляется бесплатно (финансируется за счет городского муниципалитета г. Вена), она основана на принципах добровольности и анонимности и направлена на предотвращение негативных последствий употребления наркотиков на социальных, психологических и физических уровнях. В рамках реализации Комплексного пакета мер обратившимся в Центр наркозависимым лицам предоставляется:

- комплекс базовых услуг по поддержанию жизнеобеспечения (гигиенический душ, питание, предметы одежды, постельное белье, услуги прачечной, возможность ночлега и др.);
- первая медицинская помощь;
- доступ к базовому медицинскому обслуживанию;
- психосоциальное консультирование;
- консультирование и помощь в дальнейшей профилактике инфекционных заболеваний, в том числе инфекций, передающихся половым путем (бесплатная раздача презервативов и др.);
- посредничество в заместительной терапии (со строгой системой контроля оборота используемых препаратов);
- ПОШ;
- посредничество в дальнейшей эффективной ресоциализации.

Около 20–25 % лиц, обратившихся за помощью в Центр, составляют женщины, в связи с чем данной категории граждан, помимо вышеуказанного комплекса услуг, предоставляются:

- специализированные консультации по различным аспектам сохранения здоровья;
- консультации, касающиеся медицинских, социальных и правовых аспектов профилактики, противодействия и последствий различных видов насилия в отношении женщины, планирования и протекания беременности, родов, воспитания детей, безопасного полового поведения;
- специальные программы ухода для беременных;
- тесты на беременность.

Кроме того, из числа сотрудников Центра формируются специализированные мобильные группы, которые осуществляют «мобильную социальную работу в общественном пространстве»: проводят активный мониторинг наркоситуации в общественных местах (станции метро, улицы, парки и др.), осуществляют выявление лиц, имеющих наркотическую зависимость, проводят с ними информационно-просветительскую работу и консультирование о возможностях личной профилактики

последствий приема наркотических средств, преимуществ обращения в Центр, возможностях по избавлению от наркозависимости, а также оказывают содействие лицам, находящимся в состоянии наркотического опьянения либо абстинентного синдрома (синдрома отмены приема наркотического средства, так называемой «ломки») при обращении в Центр в целях предотвращения совершения ими противоправных действий. Необходимо отметить, что деятельность указанных мобильных групп осуществляется в динамичном контакте с подразделениями полиции.

Таким образом, функционирование Центра в широком смысле способствует повышению качества мирного сосуществования в обществе здоровых граждан и лиц, страдающих наркозависимостью.

Как следует из отчета о деятельности за 2016 г. (отчет за 2017 г. на момент сбора эмпирических материалов для данной научной статьи находился на этапе подготовки, в связи с чем не был доступен для изучения), за указанный период в Центр за помощью обращались в среднем 252 посетителя в сутки; условия для ночлега были предоставлены 8604 раза. Установлено, что в пункт обмена игл и шприцев в среднем фиксировалось 560 обращений в сутки, что позволило распределить среди нуждающихся 9500 стерильных шприцев и игл. Как показали проведенные исследования, из общего числа шприцев и игл, использованных потребителями инъекционных наркотиков, 99,3 % были получены в Центре по программе обмена и только 0,7 % были приобретены вне Центра. Указанное обстоятельство наглядно демонстрирует эффективность функционирования ПОШ и приближения числа утилизированных использованных шприцев и игл к абсолютному большинству, что в значительной степени снижает вероятность контакта граждан с использованными средствами для инъекций и случайного инфицирования гепатитами, ВИЧ, сифилисом и другими инфекциями, передающимися при контакте с кровью больного человека. В общей сложности за отчетный период проведено 15 104 медицинские консультации. Специализированные мобильные группы проводили работу в 71 различном месте города. Сотрудниками Центра были распространены 455 тестов на ВИЧ-инфекцию, 666 тестов на вирусный гепатит С, 330 – на вирусный гепатит В, 454 теста на сифилис. Против гепатитов А и В было вакцинировано 90 лиц, причем 47 из них успешно завершили весь процесс вакцинации в отчетном году. Из 78 лиц, находившихся в Центре на медикаментозном лечении вирусного гепатита С, у 65 зафиксировано устойчивое снижение вирусной нагрузки, что является достаточно высоким показателем его эффективности [7]. С лицами, употребляющими наркотические средства, проведено 2972 информационно-консультационные сессии о пагубности наркопотребления,

возможностях избавления от зависимости и эффективной ресоциализации [8]. Была оказана помощь в трудоустройстве 1234 гражданам, обратившимся за помощью в Центр [9].

Считаем необходимым отметить, что наряду с проблемой наркотизации населения, ситуация с его алкоголизацией в Австрийской Республике также обращает на себя внимание: около 5 % жителей имеют алкогольную зависимость; около 12 % населения, систематически злоупотребляя спирт-

ными напитками, находится в зоне риска ее развития. Ежегодно диагноз «алкоголизм» устанавливается приблизительно 10 000 лиц, из которых мужчины составляют 75 %. В связи с актуальностью указанной проблемы наряду с оказанием комплексной помощи лицам, страдающим наркотической зависимостью, сотрудники Центра не отказывают в помощи при обращении лиц, находящихся в состоянии алкогольного опьянения и (или) имеющих алкогольную зависимость [10].

Результаты исследования и их обсуждение

Практическая реализация правовых, социальных и медицинских аспектов помощи лицам, имеющим наркотическую зависимость, в Республике Беларусь осуществляется в процессе деятельности как профильных министерств и ведомств (Министерство здравоохранения, Министерство внутренних дел, Министерство труда и социальной защиты и др.), так и НПО. По состоянию на 30 ноября 2017 г. в Республике Беларусь насчитывалось 65 реабилитационных центров и иных субъектов, оказывающих помощь наркозависимым лицам, из которых в г. Минске и Минской области расположено 23, Брестской области – 10, Витебской области – 8, Гомельской области – 8, Гродненской области – 5, Могилевской области – 11 учреждений [11]. Функционирующие в нашей стране реабилитационные центры и иные субъекты, оказывающие помощь лицам с наркотической зависимостью, имеют различные цели и задачи и применяют разнообразные формы и методы работы для их достижения. Пример одного из наиболее эффективно функционирующих в данном направлении ОО – «Позитивное движение», основными направлениями деятельности которого являются:

- помощь по индивидуальному запросу для людей, живущих с ВИЧ (бесплатно и анонимно), в рамках которой организована работа кабинетов комплексного оказания услуг семьям, затронутым ВИЧ, Центра социального сопровождения и консультирования, консультации врача-инфекциониста, психолога, услуги равного консультанта и социального работника по приверженности;

- реализация программы по профилактике употребления наркотиков среди подростков;

- уменьшение негативных последствий инъекционного употребления наркотиков (бесплатно и анонимно): инфицирования ВИЧ, гепатитом, передозировок, обмен/выдача шприцев/игл, спиртовых салфеток, консультирование по безопасному потреблению наркотиков; экспресс-тестирование на ВИЧ по слюне, дотестовое и послетестовое консультирование, сопровождение для прохождения иммуноферментного анализа в случае положительного результата и содействие постановке на учет, распространение презервативов, консульти-

рование по безопасному сексуальному поведению, устный скрининг на туберкулез;

- услуги по социальному сопровождению и реабилитации: помощь в восстановлении документов, консультирование/направление на получение консультативной помощи (врач-нарколог, врач-инфекционист, равный консультант, психолог, юрист, фтизиатр, тренер-консультант по труду и другие специалисты), направление в группы взаимопомощи, получение гуманитарной помощи, информирование об общественных организациях и объединениях, оказывающих содействие в решении проблем социализации и социальной адаптации, направление на получение наркологической помощи (детоксикация, реабилитация), перенаправление в медицинские учреждения (получение антиретровирусной терапии (далее – АРТ), лечение в стационаре), перенаправление на диагностику инфекций, передающихся половым путем (далее – ИППП), ВИЧ-инфекции, гепатитов, предоставление информационно-образовательных материалов по вопросам ВИЧ/СПИД, АРТ, ИППП, туберкулеза, заболеваний вен и т. д.; организация работы центров социального сопровождения для людей, употребляющих наркотики, людей, живущих с ВИЧ, и других уязвимых групп в контексте ВИЧ/СПИД.

Кроме того, усилиями сотрудников «Позитивного движения» реализуются различные проекты, направленные на профилактику ВИЧ-инфекции среди потребителей инъекционных наркотиков (стратегия снижения вреда, тестирование на ВИЧ-инфекцию, вирусные гепатиты В, С), осуществленные стратегии «Профилактика лечением» (формирование приверженности к лечению у людей, живущих с ВИЧ), обеспечение доступа к лечению, уходу и поддержке в связи с ВИЧ, предупреждение стойкой дезадаптации у людей, употребляющих наркотики, и формирование мотивации к лечению наркомании [12].

Важной составляющей в работе организаций, функционирующих в целях оказания помощи зависимым лицам, является эффективное взаимодействие с правоохранительными органами. В настоящее время Министерством внутренних дел Республики Беларусь реализуется «Комплекс мер,

направленных на снижение количества преступлений, совершенных лицами, имеющими судимость». Указанный документ содержит разработки, направленные на реализацию мер по общей и ин-

дивидуальной профилактике правонарушений, закрепленных в новой редакции Закона Республики Беларусь от 4 января 2014 г. № 122-З «Об основах деятельности по профилактике правонарушений».

Заключение

Принимая во внимание вышеизложенное, считаем необходимым сделать следующие выводы:

1. Динамика наркопотребления и развития наркозависимости объективно свидетельствуют о наличии общемировых негативных тенденций, что демонстрирует актуальность изучаемой проблемы и необходимость совершенствования предпринимаемых мер для ее решения.

2. Лица, страдающие наркотической зависимостью, имеют комплекс проблем в различных сферах жизнедеятельности (ограничение доступа к медицинским услугам, стигматизация в обществе, низкий уровень ресоциализации и др.), в связи с чем оказание помощи данной категории граждан должно иметь системный и комплексный характер, в обязательном порядке затрагивать медицинские, социальные и правовые аспекты.

3. Основные направления правовой и медико-социальной составляющих комплексного подхода и методология их реализации изложены в Комплексном пакете по профилактике ВИЧ, гепатита С и туберкулеза среди потребителей инъекционных наркотиков.

4. Статистические данные убедительно свидетельствуют о высокой степени эффективности деятельности неправительственных организаций и общественных объединений, специализирующихся на оказании помощи лицам, имеющим наркотическую зависимость.

5. Эффективность функционирования подобного рода субъектов в значительной степени возрастает при наличии государственной поддержки и взаимодействия с правоохранительными органами.

Библиографические ссылки

1. World Drug Report 2017 [Electronic resource]. *Executive Summary Conclusions and Policy Implications*. URL: http://www.unodc.org/wdr2017/field/Booklet_1_EXSUM.pdf (date of access: 08.01.2018).
2. Количество наркоманов за 10 лет выросло в Беларуси почти в полтора раза [Электронный ресурс]. URL: <https://www.interfax.by/news/belarus/1220820> (дата обращения: 08.08.2017).
3. История появления наркомании [Электронный ресурс]. URL: <http://mvd.gov.by/ru/main.aspx?guid=12931> (дата обращения: 24.08.2017).
4. Правоохранители из Восточной Европы знакомятся с опытом работы полиции Австрии в содействии решению проблемы эпидемии ВИЧ и повышению общественной безопасности [Электронный ресурс]. URL: <http://un.by/novosti-oon/v-belarusi/240-ru-04v> (дата обращения: 02.09.2017).
5. Technical Guide for countries to set targets for universal access to HIV prevention, treatment and care for injecting drug users [Electronic resource]. URL: https://www.unodc.org/documents/hiv-aids/idu_target_setting_guide.pdf (date of access: 19.09.2017).
6. Training manual for law enforcement officials on HIV service provision for people who inject drugs [Electronic resource]. URL: https://www.unodc.org/documents/hiv-aids/LE_MANUAL_02.10.14.pdf (date of access: 14.09.2017).
7. Beratung, Betreuung, Behandlung, Versorgung und Wohnen [Electronic resource]. *Tätigkeitsbericht 2016*. URL: http://www.suchthilfe.wien/wp-content/uploads/T%C3%A4tigkeitsbericht-SHW_Beratung-Betreuung-Behandlung-2016.pdf (date of access: 16.10.2017).
8. Suchtprävention [Electronic resource]. *Tätigkeitsbericht 2016*. URL: http://www.suchthilfe.wien/wp-content/uploads/T%C3%A4tigkeitsbericht-SHW_Suchtpr%C3%A4vention-2016.pdf (date of access: 12.11.2017).
9. Arbeit und Integration [Electronic resource]. *Tätigkeitsbericht 2016*. URL: http://www.suchthilfe.wien/wp-content/uploads/T%C3%A4tigkeitsbericht-SHW_Arbeit-und-Integration-2016.pdf (date of access: 17.11.2017).
10. RegionalesKompetenzzentrum [Electronic resource]. *Tätigkeitsbericht 2016*. URL: http://www.suchthilfe.wien/wp-content/uploads/T%C3%A4tigkeitsbericht-SHW_-regionales-Kompetenzzentrum-2016.pdf (date of access: 02.12.2017).
11. Сведения о реабилитационных центрах и иных субъектах, оказывающих помощь наркозависимым лицам в Республике Беларусь [Электронный ресурс]. URL: <http://mvd.gov.by/ru/main.aspx?guid=348113> (дата обращения: 05.02.2017).
12. Белорусское общественное объединение «Позитивное движение» [Электронный ресурс]. URL: <http://pmplus.by/> (дата обращения: 04.01.2018).

References

1. World Drug Report 2017. *Executive Summary – Conclusions and Policy Implications* [cited 2018 January 8]. Available from: http://www.unodc.org/wdr2017/field/Booklet_1_EXSUM.pdf.
2. The number of drug addicts in Belarus increased almost 1.5 times in 10 years [cited 2017 August 8]. Available from: <https://www.interfax.by/news/belarus/1220820>. Russian.
3. The history of appearance of the drug addiction [cited 2017 August 24]. Available from: <http://mvd.gov.by/ru/main.aspx?guid=12931>. Russian.

4. Law enforcement officers from Eastern Europe get acquainted with the experience of the Austrian police in helping to solve the HIV epidemic and improve public safety [cited 2017 September 2]. Available from: <http://un.by/novosti-oon/v-belarusi/240-ru-04v>. Russian.

5. Technical Guide for countries to set targets for universal access to HIV prevention, treatment and care for injecting drug users [cited 2017 September 19]. Available from: https://www.unodc.org/documents/hiv-aids/idu_target_setting_guide.pdf.

6. Training manual for law enforcement officials on HIV service provision for people who inject drugs [cited 2017 September 14]. Available from: https://www.unodc.org/documents/hiv-aids/LE_MANUAL_02.10.14.pdf.

7. Beratung, Betreuung, Behandlung, Versorgung und Wohnen [cited 2017 October 16]. *Tätigkeitsbericht 2016*. Available from: http://www.suchthilfe.wien/wp-content/uploads/T%C3%A4tigkeitsbericht-SHW_Beratung-Betreuung-Behandlung-2016.pdf. German.

8. Suchtprävention [cited 2017 November 12]. *Tätigkeitsbericht 2016*. Available from: http://www.suchthilfe.wien/wp-content/uploads/T%C3%A4tigkeitsbericht-SHW_Suchtpr%C3%A4vention-2016.pdf. German.

9. Arbeit und Integration [cited 2017 November 17]. *Tätigkeitsbericht 2016*. Available from: http://www.suchthilfe.wien/wp-content/uploads/T%C3%A4tigkeitsbericht-SHW_Arbeit-und-Integration-2016.pdf. German.

10. Regionales Kompetenzzentrum [cited 2017 December 17]. *Tätigkeitsbericht 2016*. Available from: http://www.suchthilfe.wien/wp-content/uploads/T%C3%A4tigkeitsbericht-SHW_-regionales-Kompetenzzentrum-2016.pdf. German.

11. Information on rehabilitation centers and other entities that provide assistance to drug dependent persons in the Republic of Belarus [cited 2017 February 5]. Available from: <http://mvd.gov.by/ru/main.aspx?guid=348113>. Russian.

12. Belarusian Public Association «Positive Movement» [cited 2018 January 4]. Available from: <http://pplus.by/>. Russian.

*Статья поступила в редколлегию 04.06.2018.
Received by editorial board 04.06.2018.*

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

CIVIL LAW AND CIVIL PROCEDURE

УДК 347.132.6

ВЗАИМОСВЯЗАННЫЕ СДЕЛКИ В РАМКАХ ИНСТИТУТА КРУПНОЙ СДЕЛКИ ХОЗЯЙСТВЕННОГО ОБЩЕСТВА

Ю. Е. КОЗИКОВ¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет,
пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Рассматривается проблема квалификации совокупности сделок хозяйственного общества как взаимосвязанных для целей института крупной сделки хозяйственного общества. Дается оценка нормам действующего законодательства о крупных сделках и положениям гражданско-правовой доктрины относительно критериев определения сделок как взаимосвязанных. Приводятся самостоятельно разработанные и обоснованные автором выводы и предложения, направленные на совершенствование законодательства о крупных сделках и формирование единообразной практики по вопросам, связанным с определением, совершением и оспариванием взаимосвязанных сделок хозяйственного общества.

Ключевые слова: сделка; крупная сделка; взаимосвязанные сделки; хозяйственное общество; порядок совершения крупной сделки; оспаривание крупной сделки.

Образец цитирования:

Козиков ЮЕ. Взаимосвязанные сделки в рамках института крупной сделки хозяйственного общества. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2018;2:26–33.

For citation:

Kozikov YE. Inter-related transactions within a framework of transaction with the substantial property. *Journal of Belarusian State University. Law.* 2018;2:26–33. Russian.

Автор:

Юрий Евгеньевич Козиков – аспирант кафедры гражданского права юридического факультета. Научный руководитель – кандидат юридических наук, доцент Е. А. Салей.

Author:

Yuri E. Kozikov, postgraduate student at the department of civil law, faculty of law.
qe.mogilev@gmail.com

INTER-RELATED TRANSACTIONS WITHIN A FRAMEWORK OF TRANSACTION WITH THE SUBSTANTIAL PROPERTY

Y. E. KOZIKOV^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

The author considers a problem of qualification of transactions as inter-related within a framework of transaction with the substantial property. The current legislation concerning transactions with the substantial property criteria of the inter-related transactions of civil doctrine are considered and estimated. The article contains independently developed and proved by the author conclusions and offers focused on the improvement of the legislation concerning transaction with the substantial property and formation of uniform practice on the questions connected with definition, commission and contest of the inter-related transactions of company.

Key words: transaction; transaction with the substantial property; inter-related transactions; procedure of transaction's formation; challenging of the transaction with the substantial property.

Введение

Актуальность темы исследования определяется особой экономической значимостью совершаемых хозяйственным обществом крупных сделок, дискуссионностью и многообразием доктринальных подходов к определению взаимосвязанных сделок в рамках института крупной сделки хозяйственного общества. Единообразное понимание критериев взаимосвязанности сделок необходимо для эффективной защиты прав и интересов участников конкретных хозяйственных обществ и одновременно для обеспечения стабильности граж-

данского оборота в целом. Анализ нормативных правовых актов и сложившейся судебной практики позволяет сделать вывод о необходимости совершенствования и существенного переосмысления отдельных правовых положений, касающихся категории взаимосвязанных сделок хозяйственных обществ. Незначительное же количество в Республике Беларусь научных работ по исследуемому вопросу и их фрагментарный характер подтверждают необходимость проведения исследования по заявленной теме.

Цель и задачи исследования

Цель исследования состоит в выработке авторской позиции по проблематике взаимосвязанных сделок. Для достижения указанной цели поставлены следующие задачи:

- раскрыть понятие и выявить критерии, используемые для определения взаимосвязанных сделок хозяйственных обществ;

- выявить пробелы и коллизии правового регулирования, а также проблемы правоприменения в связи с использованием анализируемой категории;

- выработать конкретные предложения по совершенствованию законодательства в исследуемом вопросе и дать практические рекомендации по применению положений о крупных сделках.

Методы исследования

При написании статьи была использована классическая система общенаучных методов, в частности, диалектический метод, метод анализа и синтеза, метод системного анализа, сравнительно-правовой метод, метод обобщения, толкования правовых норм и иные методы познания.

Теоретической базой исследования являются выводы и положения, содержащиеся в трудах отечественных и зарубежных ученых, занимающихся

проблематикой крупных сделок. Анализ категории взаимосвязанных сделок был проведен в научных исследованиях С. А. Бурлакова, А. В. Габова, В. И. Добровольского, Д. В. Ломакина, А. А. Маковской, О. В. Федосовой, О. С. Филипповой и др. В Республике Беларусь отдельные вопросы, связанные с исследуемой проблематикой, являлись объектами изучения В. Ф. Чигира, Я. И. Функа и других авторов.

Результаты исследования и их обсуждение

В соответствии с ч. 1 ст. 58 Закона Республики Беларусь от 9 декабря 1992 г. № 2020-XII «О хозяйственных обществах» (далее – Закон о ХО) крупной сделкой хозяйственного общества является сделка

(в том числе заем, кредит, залог, поручительство) или несколько взаимосвязанных сделок, влекущих приобретение, отчуждение или возможность отчуждения хозяйственным обществом прямо либо

косвенно денежных средств и (или) иного имущества, стоимость которого составляет двадцать и более процентов балансовой стоимости активов этого общества, определенной на основании данных бухгалтерской (финансовой) отчетности за последний отчетный период, предшествующий дню принятия решения о совершении такой сделки (стоимости активов).

Законодатель определил, что крупной сделкой хозяйственного общества может быть как самостоятельная сделка, так и несколько взаимосвязанных сделок. Причем, введением специальной категории «взаимосвязанные сделки» определяется необходимость наличия юридического состава для возможности рассмотрения нескольких сделок в качестве единой крупной сделки в понимании ч. 1 ст. 58 Закона о ХО. Как отмечает Я. И. Функ, «законодатель пренебрегает тем обстоятельством, что соответствующие субъекты заключили не одну сделку, а несколько, и считает их одной сделкой применительно к описываемым отношениям» [1]. В этом случае стоимость крупной сделки составляет сумму стоимостей взаимосвязанных сделок.

Квалификация сделок в качестве взаимосвязанных в рамках института крупной сделки хозяйственного общества влечет необходимость применения особого порядка совершения сделок (принятия решения общим собранием участников либо советом директоров (при наличии полномочий, специально закрепленных в рамках устава)), а в случае несоблюдения такой процедуры – позволяет признать взаимосвязанные сделки недействительными с применением последствий недействительности, согласно ч. 10 ст. 58 Закона о ХО.

Категория взаимосвязанных сделок в отношении сделок с заинтересованностью аффилированных лиц хозяйственного общества введена в 2010 г. после внесения изменений и дополнений в Закон о ХО. Специальной нормы применительно к институту крупных сделок не установлено. Несмотря на то что сложившаяся правоприменительная практика отождествляет порядок определения взаимосвязанных сделок как для института сделок с заинтересованностью аффилированных лиц, так и для института крупных сделок, полагаем целесообразным внесение дополнений в ст. 58 Закона о ХО в виде закрепления отсылочной нормы о необходимости применения ч. 4 ст. 58 Закона о ХО при решении вопроса о квалификации совокупности сделок в качестве взаимосвязанных для целей института крупных сделок хозяйственных обществ. Для недопущения различного толкования до момента внесения корректировок в ст. 58 Закона о ХО с целью устранения законодательного пробела полагаем возможным использование ч. 4 ст. 57 Закона о ХО по правилу аналогии закона (п. 1 ст. 5 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК)).

Изначально законодатель закрепил следующие критерии для квалификации совокупности сделок в качестве взаимосвязанных:

- сделка и иная сделка, направленная на обеспечение исполнения обязательств по первой сделке (к обеспечительным сделкам относят, в частности, договоры залога (ипотеки) имущества, поручительства, гарантии, перевода титула на имущество, принадлежащее кредитором либо третьему лицу и т. д.);

- сделки, совершение которых прямо предусмотрено ранее совершенной сделкой (известным примером данной категории является заключение основного договора после подписания предварительного);

- сделки с однородными обязательствами, совершенные с участием одних и тех же лиц за определенный уставом период времени;

- несколько сделок с имуществом, которое может использоваться как единое целое по общему назначению (примером указанной категории являются сделки, связанные с отчуждением либо приобретением единого имущественного комплекса либо сложной вещи);

- иные сделки, признаваемые взаимосвязанными сделками уставом или решением общего собрания участников хозяйственного общества.

После вступления в силу изменений и дополнений в Закон о ХО (с 26 января 2016 г.) были исключены и откорректированы отдельные критерии. На момент проведения исследования ч. 4 ст. 57 Закона о ХО определяет ряд критериев, наличие хотя бы одного из которых достаточно для признания нескольких сделок взаимосвязанными: сделки с однородными обязательствами, совершенные с участием одних и тех же лиц за определенный уставом период времени; несколько сделок с имуществом, которое может использоваться как единое целое по общему назначению (единый имущественный комплекс, сложные вещи и др.); иные сделки, признаваемые взаимосвязанными сделками уставом хозяйственного общества.

Судья Верховного Суда Республики Беларусь Т. М. Проташик отмечает, что «указанные изменения, на наш взгляд, могут активизировать предпринимательскую деятельность при условии отсутствия злоупотреблений со стороны уполномоченных лиц общества, а также отсутствия у них намерения бесконтрольного выведения активов посредством совершения подобных сделок» [2].

С нашей точки зрения, под сомнение может быть поставлена обоснованность квалификации сделок в качестве взаимосвязанных на основе такого критерия, как «сделка и иная сделка, направленная на обеспечение исполнения обязательств по первой сделке». По своей сути любое обеспечительное (акцессорное) обязательство не только

связано с основным, но и невозможно без наличия действительного основного обязательства, иначе обеспечительное обязательство теряет не только свою экономическую ценность, но и юридическую силу. В нашем случае такая характеристика взаимосвязи вступает в противоречие в целях легализации категории взаимосвязанных сделок института крупной сделки хозяйственных обществ, так как при суммировании стоимостей обязательств (основного и акцессорного) происходит завышение стоимости крупной сделки (сумма потенциальных негативных последствий для хозяйственного общества ниже, чем определенная методом сложения сумма сделок). В действительности исполнению подлежит либо основное обязательство на установленную в нем сумму (в случае надлежащего исполнения), либо обеспечительное (в случае неисполнения основного обязательства). Следовательно, полагаем обоснованным рассмотрение каждой из сделок (основной и акцессорной) самостоятельно для возможности отнесения их к категории крупных. В свою очередь, в случае признания основной сделки недействительной (в частности, на основании ч. 10 ст. 58 Закона о ХО), согласно п. 3 ст. 310 ГК, акцессорная сделка также будет признана недействительной. Соответственно, целесообразным является отказ от критерия квалификации сделок как взаимосвязанных на основе критерия «сделка и иная сделка, направленная на обеспечение исполнения обязательств по первой сделке».

Обращаем внимание, что законодатель установил открытый перечень критериев отнесения совокупности сделок к категории взаимосвязанных, согласно абз. 4 ч. 4 ст. 57 Закона о ХО, дополнительные критерии в уставе хозяйственного общества могут закрепить его участники. Тем самым допускается, что общее собрание участников вправе самостоятельно установить конкретные виды сделок и (или) критерии взаимосвязанности, что может быть оценено как с положительной, так и с отрицательной стороны. Так, указанная диспозитивная норма позволяет учитывать специфику хозяйственной деятельности, более значимые экономические интересы конкретного хозяйственного общества и его участников, предоставляет возможность на локальном уровне весьма оперативно устранить возможные пробелы нормативного регулирования без необходимости принятия акта законодательства. С другой стороны, указанная норма может спровоцировать закрепление участниками хозяйственного общества «критериев, способных создать условия для злоупотребления со стороны хозяйственного общества с целью уклонения от исполнения своих обязательств в рамках заключенного договора» [3]. Важным моментом является сохранение баланса интересов между хозяйственным обществом, участниками и добросовестным кредитором, а также обеспечение стабильности хозяй-

ственного оборота. В связи с изложенным считаем, что исключение возможности определения участниками хозяйственного общества взаимосвязанных сделок решением общего собрания его участников является оправданным, поскольку, с одной стороны, в данном случае отсутствует существенное ограничение прав участников хозяйственного общества, с другой – минимизируется риск злоупотреблений при формулировании дополнительных критериев взаимосвязанности сделок.

При формулировании отдельных условий устава рекомендуем принять во внимание положения п. 10 гл. 4 Методических рекомендаций о некоторых вопросах рассмотрения дел о признании недействительной сделки, утвержденных Президиумом Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь 31 октября 2012 г., согласно которому основанием для отнесения сделок к взаимосвязанным могут быть следующие факторы:

- нарушение этими сделками единого технологического цикла деятельности хозяйственного общества;
- в результате совершения нескольких сделок (в том числе с разными лицами) имущество хозяйственного общества перешло в обладание одному лицу или к группе взаимосвязанных лиц;
- заключение нескольких сделок привело к прекращению деятельности хозяйственного общества, отчужденное имущество которого по таким сделкам представляло собой единый производственный комплекс. Аналогичные положения изложены в п. 91 Методических рекомендаций по организации корпоративного управления в акционерных обществах с участием государства, утвержденных постановлением Министерства экономики Республики Беларусь, Государственного комитета по имуществу Республики Беларусь от 5 июля 2016 г. № 45/14.

Потенциальным контрагентам по сделкам рекомендуем запрашивать у хозяйственного общества и внимательно изучать устав, в том числе по вопросу наличия в нем дополнительных критериев для квалификации сделок в качестве взаимосвязанных. В случае необоснованного обращения в суд с требованием признания крупной сделки недействительной добросовестный контрагент для защиты своих интересов может сослаться на необходимость применения судом норм ст. 9 ГК (недопущение злоупотребления правом) и ч. 11 ст. 58 Закона о ХО.

Несколько сделок с имуществом, которое может использоваться как единое целое по общему назначению, на наш взгляд, вполне обоснованно закреплены в абз. 3 ч. 4 ст. 57 Закона о ХО в качестве критерия признания сделок взаимосвязанными. Данное положение способствует недопущению дробления предмета сделки в целях неправомерного вывода активов хозяйственного общества путем уклонения от проведения процедуры соверше-

ния крупной сделки по решению высшего органа хозяйственного общества.

Критерий, закрепленный в абз. 2 ч. 4 ст. 57 Закона о ХО и определяющий сделки с однородными обязательствами, совершенные с участием одних и тех же лиц за определенный уставом период времени как взаимосвязанные сделки, на наш взгляд, нуждается в корректировке. Прежде чем сделать вывод и предложить вариант измененной нормы по данному критерию, мы рассмотрим существующие в доктрине гражданского права подходы к квалификации нескольких сделок хозяйственных обществ в качестве взаимосвязанных.

Вопрос о критериях взаимосвязанности сделок является дискуссионным и весьма актуальным. Проведенные исследования, как правило, ограничиваются указанием на критерии, определенные практикой применения (в частности, судебной), т. е. носят в основном прикладной и фрагментарный характер, что не отвечает требованиям гражданско-правовой доктрины.

В большей степени над проблемами квалификации взаимосвязанных сделок хозяйственных обществ работали российские исследователи, вероятно, по причине того, что их законодатель вопрос о взаимосвязанности сделок оставил исключительно на усмотрение судебных органов (без закрепления критериев на уровне законодательства).

А. В. Габов ограничивается перечислением более десятка конкретных примеров сделок, по его мнению, являющихся взаимосвязанными (например, основной и предварительный договоры, договор и дополнительное соглашение к нему и т. д.). Кроме того, автор делает вывод, что «оставлять этот вопрос исключительно на усмотрение суда также неверно» [4, с. 299]. На наш взгляд, стоит согласиться с позицией О. В. Федосовой, согласно которой «любой перечень примеров взаимосвязанных сделок не сможет охватить все возможные практические ситуации взаимосвязанности» [5, с. 39].

Д. В. Ломакин при анализе дела об отчуждении исполнительным органом акционерного общества 100 % акций дочернего общества иному субъекту хозяйствования выделил следующие критерии взаимосвязанности: основание сделок («типичный для данного вида правовой результат»); прекращение не только права собственности, но и потеря статуса акционера дочернего общества; однородность имущества, выступающего предметом сделок [6, с. 63]. В свою очередь, полагаем, что указанные критерии действительно можно использовать для конкретного анализируемого дела, однако их нельзя назвать универсальными (определяющими) для каждого случая. Разделяем позицию О. В. Федосовой в отношении критерия «однородность имущества»: «если сделки совершены с различными видами имущества, это не является основанием

для автоматического исключения таких сделок из категории взаимосвязанных» [5, с. 39].

Анализируя имеющуюся судебную практику, А. А. Маковская приходит к выводу о том, что «ни один из выделяемых судами признаков не имеет абсолютного значения и может свидетельствовать о взаимосвязанности договоров только с учетом других обстоятельств дела, так как эти признаки имеют внешний характер, а взаимосвязанность – связь причинная, т. е. внутренняя» [7]. В качестве основного критерия взаимосвязанности сделок автор называет наличие общей экономической цели, преследуемой при заключении нескольких сделок, а также выделяет объективный критерий взаимосвязанности в виде «обусловленности заключения обществом одной сделки другой» (пример, предварительный и основной договор, сделка, совершенная под условием совершения иной сделки). Автор отмечает, что присутствуют и дополнительные критерии, которые в зависимости от обстоятельств конкретного дела могут указывать либо не указывать на взаимосвязанность сделок. К дополнительным критериям отнесены идентичность субъектного состава участников сделок; единство функционального назначения имущества (предмета сделок); незначительный период времени совершения сделок [7]. В. И. Добровольский разделяет подход А. А. Маковской, согласно которому критерием взаимосвязанности сделок является единая экономическая цель их совершения [8, с. 286]. В развитие позиций А. А. Маковской, О. В. Федосова в целях выработки универсального определения предлагает следующую дефиницию для включения ее в качестве самостоятельной нормы в институт крупных сделок хозяйственных обществ: «сделки являются взаимосвязанными, если они объединены единой хозяйственной целью, которая будет достигнута путем заключения таких сделок, или же, если они являются обусловленными, то есть заключение одной сделки порождает необходимость или интерес в заключении другой сделки» [5, с. 41].

Противоположную позицию занимает О. С. Филиппова, которая считает, что единая экономическая цель не должна выступать в качестве критерия взаимосвязанности сделок по причине сложности доказывания данного факта в суде. Автор предлагает три критерия для определения взаимосвязанных сделок: «общая правовая природа; один и тот же состав субъектов (либо их аффилированных лиц); ограниченный промежуток времени (одновременно или в течении, как правило, нескольких дней), в котором они были заключены. В заемных, кредитных и обеспечительных сделках под ограниченным промежутком времени следует понимать срок исполнения обязательств по ранее заключенному договору» [9, с. 141].

На наш взгляд, доктринальная позиция А. А. Маковской и О. В. Федосовой в значительной степени

соответствует правовой сущности категории взаимосвязанных сделок в контексте института крупной сделки хозяйственного общества. Полагаем, что выводы О. С. Филипповой справедливы в отдельных ситуациях, однако, как и теоретический подход Д. В. Ломакина, не могут быть названы в качестве универсальных.

Возвращаясь к критерию, закрепленному в абз. 2 ч. 4 ст. 57 Закона о ХО, необходимо отметить, что сам критерий содержит три условия, при наличии которых сделки квалифицируются в качестве взаимосвязанных: должны иметь место однородные обязательства; субъектами сделок должны выступать одни и те же лица; сделки должны быть совершены в период времени, определенный уставом хозяйственного общества. Помимо того, что применение указанного критерия будет возможно исключительно в случае закрепления в уставе определенного периода совершения взаимосвязанных сделок, законодатель закрепляет обязательное одновременное наличие всех трех условий, что, на наш взгляд, может привести к непризнанию судами действительно взаимосвязанных сделок по формальному основанию несоответствия положениям абз. 2 ч. 4 ст. 57 Закона о ХО. Кроме того, закрепленные условия справедливо названы А. А. Маковской «дополнительными», т. е. в зависимости от конкретных обстоятельств дела, их наличие (даже в совокупности) может и не подтверждать взаимосвязь между сделками в понимании института крупной сделки (например, в случае закрепления в уставе необоснованно длительного периода времени).

На основании изложенного представляется целесообразным внесение изменений в ч. 4 ст. 57 Закона о ХО путем изложения ее в следующей редакции:

«Взаимосвязанными признаются:

- несколько сделок, объединенных единой хозяйственной целью, достигаемой путем заключения таких сделок (в частности, сделки с имуществом, которое может использоваться как единое целое по общему назначению (единый имущественный комплекс, сложные вещи и др.));
- сделки, совершение которых прямо предусмотрено ранее совершенной сделкой либо порождает интерес в заключении другой сделки (в частности, предварительный и основной договоры, сделка, совершенная под условием совершения иной сделки);
- иные сделки, признаваемые взаимосвязанными сделками уставом хозяйственного общества.

Наличие в сделках однородных обязательств, идентичность субъектов сделок (или их аффилированных лиц), непродолжительность периода между заключением сделок могут быть признаны в качестве обстоятельств, подтверждающих совершение хозяйственным обществом взаимосвязанных сделок».

Помимо проблемы определения взаимосвязанных сделок хозяйственных обществ актуальными

являются отдельные вопросы совершения и защиты интересов хозяйственного общества и его участников при заключении крупной сделки, представленной в виде совокупности взаимосвязанных сделок.

Так, законодательно не регламентирован вопрос о том, какую из взаимосвязанных сделок (либо каждую из сделок) необходимо совершать в порядке, предусмотренном ч. 3 ст. 58 Закона о ХО, в случае наличия критериев крупной сделки, установленных в ч. 1 ст. 58 Закона о ХО. Полагаем, что ответ на указанный вопрос будет зависеть от периода совершения взаимосвязанных сделок. Если совокупность взаимосвязанных сделок совершается одновременно, то особый порядок совершения должен быть соблюден для каждой из них (в целях минимизации документооборота допускается в рамках одного заседания общего собрания участников хозяйственного общества решить вопросы о совершении всех взаимосвязанных сделок). Если взаимосвязанные сделки заключаются в различные периоды времени, то особый порядок совершения необходим для той сделки (сделок), с учетом которой (которых) взаимосвязанные сделки можно квалифицировать в качестве крупной (в частности, при достижении количественного критерия крупной сделки, установленного в ч. 1 ст. 58 Закона о ХО). Участникам хозяйственного общества можно рекомендовать в решении общего собрания участников о совершении такой сделки (сделок) также рассмотреть вопрос об одобрении ранее совершенных взаимосвязанных сделок для минимизации риска признания крупной сделки недействительной по формальным основаниям.

Актуален и вопрос корректного определения момента начала течения исковой давности по требованию о признании сделки недействительной в случае заключения крупной сделки в виде взаимосвязанных сделок, если они заключались в различные периоды времени. Законодательство и судебная практика не отвечают на указанный вопрос. Согласно нормативному определению крупной сделки (ч. 1 ст. 58 Закона о ХО) заключение взаимосвязанных сделок необходимо рассматривать в качестве юридического состава (совокупности юридических фактов), в свою очередь, законодатель определяет взаимосвязанные сделки в качестве единой крупной сделки. Следовательно, на наш взгляд, момент начала течения исковой давности необходимо признавать датой, с которой лицо узнало или должно было узнать о нарушении порядка совершения крупной сделки (крайней из совокупности взаимосвязанных сделок), независимо от даты совершения первой сделки из блока взаимосвязанных.

В процессе правоприменения также возникает вопрос о возможности признания недействительной лишь одной из взаимосвязанных сделок на основании ч. 10 ст. 58 Закона о ХО. Законодатель преду-

смотрел возможность признания крупной сделки недействительной в случае нарушения требований Закона о ХО в процессе ее совершения в ч. 1 и ч. 10 ст. 58 Закона о ХО. На наш взгляд, признание крупной сделки недействительной предполагает признание недействительными всех взаимосвязанных

сделок, рассматриваемых в совокупности для квалификации крупной сделки. Следовательно, полагаем, что на поставленный вопрос должен быть дан отрицательный ответ с учетом целевой направленности института крупной сделки хозяйственного общества.

Заключение

На основании проведенного анализа выявлено, что законодательство, закрепляющее критерии взаимосвязанных сделок хозяйственного общества, требует существенного переосмысления и совершенствования. Полагаем, что ряд проблем, выявленных при проведении исследования, невозможно устранить путем научного толкования, что вызывает необходимость решения вопросов на уровне нормативных правовых актов.

В результате проведенного исследования могут быть сформулированы следующие основные выводы и предложения:

1. Крупная сделка хозяйственного общества может быть представлена, в частности, как несколько взаимосвязанных сделок. Правильная квалификация сделок в качестве взаимосвязанных в рамках института крупной сделки хозяйственного общества имеет существенное значение, так как направлена на обеспечение защиты прав хозяйственного общества и его участников от недобросовестных действий исполнительного органа.

2. Для заполнения законодательного пробела целесообразно дополнить ч. 1 ст. 58 Закона о ХО отсылочной нормой на ч. 4 ст. 57 Закона о ХО для использования норм смежного гражданско-правового института при разрешении вопроса квалификации взаимосвязанных сделок в контексте института крупной сделки хозяйственных обществ. До момента внесения дополнений полагаем воз-

можным применение норм ч. 4 ст. 57 Закона о ХО к институту крупной сделки на основании аналогии закона (п. ст. 5 ГК).

3. В законодательстве Республики Беларусь закреплены критерии для квалификации взаимосвязанных сделок хозяйственных обществ. Однако, положения ч. 4 ст. 57 Закона о ХО, на наш взгляд, должны быть подвергнуты корректировке для достижения целей легализации категории взаимосвязанных сделок и повышения эффективности института крупных сделок в целом. Предлагаемая нами редакция ч. 4 ст. 57 Закона о ХО изложена в рамках настоящей статьи.

4. Помимо актуальности проблемы квалификации взаимосвязанных сделок в рамках правоприменения остаются вопросы, не урегулированные в законодательстве, в частности, вопросы определения порядка совершения взаимосвязанных сделок; возможности оспаривания отдельной сделки из совокупности взаимосвязанных по основанию, предусмотренному ч. 10 ст. 58 Закона о ХО; определения момента начала течения исковой давности для признания крупной сделки, представленной совокупностью взаимосвязанных, недействительной. Для формирования единообразной практики и устранения пробелов в законодательстве мы предложили варианты их нивелирования, которые целесообразно закрепить на уровне постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь.

Библиографические ссылки

1. Функ ЯИ. Общее понятие регламентации взаимосвязанных сделок в рамках института «крупная сделка» Законом Республики Беларусь от 15.07.2010 г. № 168-З «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь “О хозяйственных обществах”» [Электронный ресурс]. *Консультант Плюс: Беларусь. Технология ПРОФ / ООО «ЮрСпектр»*. Минск; 2018.
2. Протащик ТМ. О крупных сделках хозяйственного общества и сделках, в совершении которых имеется заинтересованность его аффилированных лиц [Электронный ресурс]. *Консультант Плюс: Беларусь. Технология ПРОФ / ООО «ЮрСпектр»*. Минск; 2018.
3. Функ ЯИ. Организация работы, связанной с заключением крупных сделок для клиентов банка, в том числе взаимосвязанных сделок [Электронный ресурс]. *КонсультантПлюс: Беларусь. Технология ПРОФ / ООО «ЮрСпектр»*. Минск; 2018.
4. Габов АВ. Сделки с заинтересованностью в практике акционерных обществ: проблемы правового регулирования. Москва: Статут; 2005.
5. Федосова ОВ. Проблемы институтов крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность, в обществах с ограниченной ответственностью [диссертация]. Москва; 2008.
6. Бурлаков СА. Правовое регулирование крупных сделок хозяйственных лиц [диссертация]. Москва; 2010.
7. Маковская АА. Взаимосвязанные сделки [Электронный ресурс]. *ЭЖ-Юрист*. 2004;36. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?> (дата обращения: 06.06.2018).
8. Добровольский В. И. Проблемы корпоративного права в арбитражной практике. Москва: Волтерс Клувер; 2006.
9. Филиппова ОС. Крупные сделки хозяйственных обществ по законодательству Российской Федерации [диссертация]. Омск; 2014.

References

1. Funk JI. *Obshchee ponyatie reglamentatsii vzaimosvyazannykh sdelok v ramkakh instituta «krupnaya sdelka» Zakonom Respubliki Belarus' ot 15.07.2010 g. № 168-Z «O vnesenii izmenenii i dopolnenii v Zakon Respubliki Belarus' «O khozyaistvennykh obshchestvakh»* [The general concept of the regulation of inter-related transactions within the framework of the transaction with the substantial property institute is the Law of the Republic of Belarus 15.07.2010 No. 168-3 «On introducing amendments and additions to the Law of the Republic of Belarus «On Company»]. *Consultant Plus: Belarus. Technology PROF / LLC «YurSpektr»*. Minsk; 2018. Russian.
2. Protaschik TM. *O krupnykh sdelkakh khozyaistvennogo obshchestva i sdelkakh, v sovershenii kotorykh imeetsya zainteresovannost' ego affilirovannykh lits* [On transaction with the substantial property of company and affiliated parties' transactions]. *Consultant Plus: Belarus. Technology PROF / LLC «YurSpektr»*. Minsk; 2018. Russian.
3. Funk JI. *Organizatsiya raboty, svyazannoi s zaklyucheniem krupnykh sdelok dlya klientov banka, v tom chisle vzaimosvyazannykh sdelok* [Organization of work related to the conclusion of transaction with the substantial property for the bank's customers, including inter-related transactions]. *Consultant Plus: Belarus. Technology PROF / LLC «YurSpektr»*. Minsk; 2018. Russian.
4. Gabov AV. *Sdelki s zainteresovannost'yu v praktike aktsionernykh obshchestv: problemy pravovogo regulirovaniya* [Afiliated parties' transactions with interest in the practice of joint-stock companies: problems of legal regulation]. Moscow: Statute; 2005. Russian.
5. Fedosova OV. *Problemy institutov krupnykh sdelok i sdelok, v sovershenii kotorykh imeetsya zainteresovannost', v obshchestvakh s ogranichennoi otvetstvennost'yu* [Problems of institutes of transaction with the substantial property and Afiliated parties' transactions of company] [thesis of dissertation]. Moscow; 2008. Russian.
6. Burlakov SA. *Pravovoe regulirovanie krupnykh sdelok khozyaistvennykh lits* [Legal regulation of transaction with the substantial property of company] [thesis of dissertation]. Moscow; 2010. Russian.
7. Makovskaya AA. *Vzaimosvyazannye sdelki* [Inter-related transactions] [cited 06.06.2018]. *EJ-Jurist*. 2004;36. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?> Russian.
8. Dobrovolsky VI. *Problemy korporativnogo prava v arbitrazhnoi praktike* [Problems of corporate law in arbitration practice]. Moscow: Wolters Kluwer; 2006. Russian.
9. Filippova OS. *Krupnye sdelki khozyaistvennykh obshchestv po zakonodatel'stvu Rossiiskoi Federatsii* [Transaction with the substantial property of companies under the laws of the Russian Federation] [thesis of dissertation]. Omsk; 2014. Russian.

Статья поступила в редколлегию 06.06.2018.
Received by editorial board 06.06.2018.

УДК 341.96

КОЛЛИЗИОННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ВОПРОСОВ УСЫНОВЛЕНИЯ И ОПЕКИ (ПОПЕЧИТЕЛЬСТВА) НАД НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИМИ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

М. В. МЕЩАНОВА^{1), 2)}

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

²⁾Национальный центр законодательства и правовых исследований Республики Беларусь, ул. Берсона 1а, 220050, г. Минск, Беларусь

Анализируются особенности коллизионного регулирования вопросов усыновления и опеки (попечительства) над несовершеннолетними по законодательству стран Евразийского экономического союза и Европейского союза. Делается вывод о том, что отсутствие соответствующих положений в семейном законодательстве Республики Беларусь не удовлетворяет современным потребностям регулирования отношений с иностранным элементом. Формулируются предложения о наиболее прогрессивных коллизионных нормах, которые могут быть инкорпорированы в национальный правопорядок.

Ключевые слова: международное усыновление; иностранный элемент; личный закон усыновителя; личный закон усыновляемого; опека; попечительство.

CONFLICT REGULATION OF ADOPTION AND TUTELAGE (GUARDIANSHIP) OF MINORS: COMPARATIVE LAW ASPECTS

M. V. MIASHCHANAVA^{a, b}

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

^bNational Center of Legislation and Legal Research, 1a Bersona Street, Minsk 220050, Belarus

This article looks at the peculiarities of conflict regulation of adoption and tutelage (guardianship) under the legislation of the Eurasian Economic Union and European Union. The conclusion is that, the absence of corresponding provisions in the family legislation of the Republic of Belarus does not meet the modern needs of the regulation of relations with a foreign element. Suggestions are made about the most progressive conflict rules that can be incorporated into the national legal order.

Key words: international adoption; foreign element; personal law of adopter; personal law of adopted; tutelage; guardianship.

Введение

В настоящем исследовании будут рассматриваться вопросы коллизионного регулирования отношений усыновления, а также опеки и попечительства над несовершеннолетними. Проводя компаративист-

ское исследование правового регулирования указанных отношений, необходимо иметь в виду, что они напрямую связаны с вопросами защиты прав детей, лишенных родительской заботы. В связи с этим

Образец цитирования:

Мещанова МВ. Коллизионное регулирование вопросов усыновления и опеки (попечительства) над несовершеннолетними: сравнительно-правовой аспект. Журнал Белорусского государственного университета. Право. 2018;2:34–42.

For citation:

Miashchanava MV. Conflict regulation of adoption and tutelage (guardianship) of minors: comparative law aspects. Journal of Belarusian State University. Law. 2018;2:34–42. Russian.

Автор:

Мария Валентиновна Мещанова – кандидат юридических наук, доцент; заведующий кафедрой гражданского права юридического факультета¹⁾; ведущий научный сотрудник Института правовых исследований²⁾.

Author:

Maryia V. Miashchanava, PhD (law), docent; head of the department of civil law, faculty of law^a; leading researcher of the Institute of Legal Research^b.
miashchanava@bsu.by
<https://orcid.org/0000-0001-8895-851X>

большинство современных государств ориентирует свое национальное законодательство на создание максимальных гарантий соблюдения прав ребенка.

Согласно ст. 21 Конвенции ООН о правах ребенка 1989 г. [1], в которой участвуют 196 государств, в том числе Республика Беларусь с 1 октября 1990 г., «государства-участники, которые признают и/или разрешают существование системы усыновления, обеспечивают, чтобы наилучшие интересы ребенка учитывались в первостепенном порядке, и они:

а) обеспечивают, чтобы усыновление ребенка разрешалось только компетентными властями, которые определяют в соответствии с применимыми законом и процедурами и на основе всей относящейся к делу и достоверной информации, что усыновление допустимо ввиду статуса ребенка относительно родителей, родственников и законных опекунов и что, если требуется, заинтересованные лица дали свое осознанное согласие на усыновление на основе такой консультации, которая может быть необходимой;

б) признают, что усыновление в другой стране может рассматриваться в качестве альтернативного способа ухода за ребенком, если ребенок не может быть передан на воспитание или помещен в семью, которая могла бы обеспечить его воспитание или усыновление, и если обеспечение какого-либо подходящего ухода в стране происхождения ребенка является невозможным;

с) обеспечивают, чтобы в случае усыновления ребенка в другой стране применялись такие же гарантии и нормы, которые применяются в отношении усыновления внутри страны;

д) принимают все необходимые меры с целью обеспечения того, чтобы в случае усыновления в другой стране устройство ребенка не приводило к получению неоправданных финансовых выгод, связанных с этими лицами».

Одновременно следует отметить, что национальный правовой режим зачастую рассматривается государством как предпочтительный, максимально обеспечивающий защиту интересов ребенка, что, в свою очередь, приводит либо к отсутствию либо к минимизации коллизионного регулирования.

Вместе с тем проблема правового регулирования международного усыновления, а также опеки (попечительства) над несовершеннолетними с при-

сутствием иностранного элемента на сегодняшний день является чрезвычайно актуальной. Снижение рождаемости в странах Западной Европы и в США, а также экономические процессы в странах Юго-Восточной Азии приводят к росту числа международных усыновлений. Республика Беларусь также оказывается вовлеченной в упомянутые процессы. При этом нельзя отрицать тот факт, что международное усыновление, а также опека (попечительство) с иностранным элементом затрагивают интересы сразу нескольких стран, поэтому проблема выбора наиболее заинтересованного правопорядка может стоять очень остро. В связи с этим необходимо проанализировать соответствующие подходы, сложившиеся в законодательстве партнеров Республики Беларусь по Евразийскому экономическому союзу (далее – ЕАЭС), а также наилучшие практики коллизионного регулирования, принятые в государствах – членах Европейского союза (далее – ЕС).

Сравнительно-правовые исследования коллизионного регулирования отношений усыновления, а также опеки и попечительства над несовершеннолетними проводились в работах Н. И. Марышевой, И. М. Кузнецовой, Н. А. Шебановой, А. А. Дюжевой. Среди белорусских исследователей можно отметить работы Н. Ф. Синкевич и Л. В. Царевой.

Цель настоящего исследования состоит в выявлении наилучших практик коллизионного регулирования отношений усыновления, а также опеки и попечительства над несовершеннолетними и в выработке рекомендаций по дальнейшему совершенствованию законодательства Республики Беларусь.

Для достижения поставленной цели необходимо решить следующие задачи:

- провести сравнительный анализ коллизионного регулирования отношений усыновления, а также опеки и попечительства над несовершеннолетними в государствах – членах ЕАЭС;
- провести сравнительный анализ коллизионного регулирования отношений усыновления, а также опеки и попечительства над несовершеннолетними в государствах – членах ЕС;
- определить, какие из изученных подходов могут быть восприняты национальным законодателем, учитывая культурные и правовые традиции Республики Беларусь, а также первостепенную важность защиты интересов ребенка.

Материалы и методы исследования

Основой проведенного исследования выступили общенаучные и специальные методы познания:

- анализ;
- сравнение;
- системный;
- исторический;

- структурный анализ;
- сравнительно-правовой;
- формально-юридический;
- метод толкования права.

Теоретическую основу исследования составляют труды вышеуказанных российских и белорусских авторов.

Результаты исследования и их обсуждение

В соответствии со ст. 119 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье от 9 июля 1999 г. № 275-3 (далее – КоБС) [1] под усыновлением (удочерением) понимается основанный на судебном решении юридический акт, в силу которого между усыновителем и усыновленным возникают такие же права и обязанности, как между родителями и детьми. Для уяснения содержания термина «международное усыновление» следует также обратиться к ст. 233 КоБС. Согласно подходу белорусского законодателя международным следует признавать усыновление:

- на территории Республики Беларусь постоянно проживающими за пределами Республики Беларусь гражданами Республики Беларусь, иностранными гражданами или лицами без гражданства ребенка, являющегося гражданином Республики Беларусь;

- на территории Республики Беларусь гражданами Республики Беларусь, иностранными гражданами или лицами без гражданства ребенка, являющегося иностранным гражданином или лицом без гражданства и проживающего на территории Республики Беларусь;

- на территории Республики Беларусь постоянно проживающими на территории Республики Беларусь иностранными гражданами или лицами без гражданства детей, являющихся гражданами Республики Беларусь;

- за пределами Республики Беларусь иностранными гражданами и лицами без гражданства ребенка, являющегося гражданином Республики Беларусь, постоянно проживающего за границей.

Во всех перечисленных случаях Республика Беларусь рассматривает свой правопорядок как заинтересованный и реализует контрольные правомочия в определенном объеме. Обращает на себя внимание тот факт, что при определении международного характера усыновления приоритетное значение имеет иностранный элемент по субъектному составу. В упрощенном виде такое усыновление может быть представлено как усыновление детей-иностранцев и усыновление детей иностранцами. Однако из содержания ст. 233 КоБС следует, что с точки зрения международного характера усыновления к иностранцам также приравниваются лица, постоянно проживающие за рубежом, т. е. учитывается не только *lex patriae*, но и *lex domicilii* усыновляемого и усыновителя. Нельзя также отрицать, что усыновлением с иностранным элементом является ситуация, когда факт усыновления должен иметь место за границей и осуществляться в соответствии с законодательством иностранного государства.

Настоящее исследование построено на использовании компаративистского подхода. Для анализа коллизионного регулирования отношений усыновления, а также опеки и попечительства над несовершеннолетними использовался следующий

опыт правового регулирования указанных вопросов в странах ЕАЭС:

- раздел VII Семейного кодекса Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ (далее – СК РФ) [2];

- раздел VI Гражданского кодекса Российской Федерации от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ (далее – ГК РФ) [3];

- раздел III, глава 13, раздел IV Кодекса Республики Казахстан от 26 декабря 2011 г. № 518-IV «О браке (супружестве) и семье» (далее – КоБС Казахстана) [4];

- раздел VII Гражданского кодекса Республики Казахстан от 1 июля 1999 г. № 409-І (далее – ГК Казахстана) [5];

- раздел VII Семейного кодекса Республики Армения от 8 декабря 2004 г. № ЗР-123 (далее – СК Армении) [6];

- раздел XII Гражданского кодекса Республики Армения от 28 июля 1998 г. № ЗР-239 (далее – ГК Армении) [7];

- главы 8, 9 Кодекса Кыргызской Республики о детях от 10 июля 2012 г. № 100 (далее – Кодекс о детях Кыргызстана) [8];

- часть II Гражданского кодекса Кыргызской Республики от 5 января 1998 г. № 1 (далее – ГК Кыргызстана) [9].

В рамках исследования коллизионного регулирования отношений усыновления, а также опеки и попечительства над несовершеннолетними проанализированы следующие акты национального законодательства государств – членов ЕС:

- Федеральный закон Австрии «О международном частном праве» от 15 июня 1978 г. (далее – Закон Австрии о МЧП) [10];

- Закон Бельгии от 16 июля 2004 г. «О Кодексе международного частного права» (далее – Кодекс МЧП Бельгии) [11];

- Вводный закон 1896 г. к Гражданскому уложению Федеративной Республики Германия (в редакции от 21 сентября 1994 г., с изменениями от 20 ноября 2015 г.) (далее – ГУ ФРГ) [12];

- Закон Республики Польша «О международном частном праве» от 4 февраля 2011 г. (далее – Закон Польши о МЧП) [13].

Многие государства (Бельгия, Германия, Дания, Мальта, Румыния, Финляндия, Нидерланды, Норвегия, Испания, Украина) являются участниками Европейской конвенции (пересмотренной) об усыновлении детей 2008 г. [14]. В связи с этим их законодательство подверглось определенной гармонизации, что влияет на проблематику выбора применимого права. Вместе с тем данный международный договор не содержит коллизионных норм в сфере отношений усыновления, поэтому его положения в контексте данного исследования анализироваться не будут.

Коллизионное регулирование отношений усыновления

Как отмечалось ранее, коллизионные вопросы международного усыновления во многих странах на сегодня рассматриваются как чувствительная область национального правового регулирования. Применение иностранного права для решения данных вопросов компетентными органами заинтересованного государства затруднено, при этом должна обеспечиваться максимальная защита интересов ребенка (усыновляемого).

Современные подходы к коллизионному регулированию вопросов усыновления с иностранным элементом можно условно разделить на три группы:

1. Усыновление с участием иностранного элемента регулируется личным законом усыновителя (усыновителей). Такой подход характерен, например, для Австрии, Германии, Бельгии.

2. Усыновление регулируется личным законом усыновителя в сочетании с применением личного закона усыновляемого, причем личным законом может выступать как закон постоянного места жительства, так и закон гражданства (например, Российская Федерация, Финляндия, страны Латинской Америки).

3. Усыновление регулируется законом усыновляемого (ребенка). Такой подход можно встретить в законодательстве стран ЕАЭС (за исключением Российской Федерации).

Последовательно рассмотрим примеры коллизионного регулирования, основанного на каждом из названных подходов.

Коллизионное регулирование, основанное на личном законе усыновителя (усыновителей). В вопросах усыновления обычно выделяется несколько коллизионных объемов. Наибольшую детализацию коллизионное регулирование получило в Кодексе МЧП Бельгии, который выделяет как минимум пять коллизионных объемов: «условия усыновления», «согласие на усыновление», «способ осуществления усыновления», «природа отношения, созданного усыновлением», «преобразование, отмена и изменение усыновления». К *условиям усыновления* применимо право государства, чьим гражданином в это время был усыновитель или оба усыновителя (*lex patriae* усыновителей). Если усыновители не имеют одинакового гражданства, то установление отношений родства путем усыновления регулируется правом государства, на территории которого они оба в это время имели свое постоянное место жительства (совместное *lex domicilii* усыновителей). Таким образом, можно проследить последовательное применение ряда коллизионных привязок, ориентированных на личный закон усыновителей (ст. 67 Кодекса МЧП Бельгии). Привязка к бельгийскому праву (*lex fori*) выполняет резервную функцию, а также функцию ограничительной

оговорки в интересах ребенка. Так, бельгийское право применимо в следующих случаях:

- при отсутствии у усыновителей общего гражданства, а также совместного постоянного места жительства в одном государстве;
- применение иностранного права очевидно наносит вред высшим интересам усыновляемого (вариант ограничительной оговорки);
- если усыновляемый или усыновители имеют очевидно тесную связь с Бельгией (принцип наиболее тесной связи).

Вышеназванные подходы также используются для определения права, применимого к установлению *природы отношений, созданных усыновлением*, в частности, при решении вопросов о приравнивании усыновленного к детям по рождению и прекращении усыновлением правовой связи усыновленного с его первоначальной семьей (ст. 70 Кодекса МЧП Бельгии).

Согласие усыновляемого и его родителей или законных представителей, а также способ выражения согласия регулируются правом государства, на территории которого усыновляемый имеет свое постоянное место жительства во время, непосредственно предшествующее передаче для усыновления или – при отсутствии такой передачи – во время усыновления (*lex domicilii* усыновляемого с локализацией по времени). При коллизионном регулировании вопросов согласия также возможно обращение к праву Бельгии в случае, если определенное по вышеобозначенным нормам право не предусматривает необходимость такого согласия или не знает института усыновления (например, право большинства мусульманских государств) (ст. 68 Кодекса МЧП Бельгии).

Способ осуществления усыновления в Бельгии регулируется бельгийским правом, что представляется оправданным, поскольку осуществление указанной процедуры на территории определенного государства должно проводиться по праву этого государства. Однако ст. 69 Кодекса МЧП Бельгии делает оговорку о том, что если решение об усыновлении принято за границей в соответствии с правом данного государства и такое право предписывает судебное разбирательство, то это разбирательство может быть начато в Бельгии в соответствии с процедурой, предусмотренной бельгийским правом.

Следует отметить, что коллизионное регулирование, предусмотренное Кодексом МЧП Бельгии, не затрагивает действие целого ряда материально-правовых норм Гражданского кодекса Бельгии: об определении имени усыновленного ребенка (ст. 357), о равенстве прав и обязанностей усыновленного и других детей усыновителей (ст. 358) и др.

Согласно § 26 Закона Австрии о МЧП личный закон усыновителя (усыновителей) применим и при

решении вопросов об условиях усыновления (прекращения усыновления), и при определении правовых последствий усыновления.

Статья 22 ГУ ФРГ предусматривает, что усыновление (удочерение) подчиняется праву того государства, гражданином которого при усыновлении (удочерении) является усыновитель (удочеритель). При этом ГУ ФРГ не содержит специального коллизионного регулирования случаев усыновления супругами (или одним из супругов) и отсылает к правилам определения права, применимого к общим последствиям брака (абз. 1 ст. 14 ГУ ФРГ). Аналогичное коллизионное регулирование используется и при решении вопросов о последствиях усыновления. Как и Кодекс МЧП Бельгии, ГУ ФРГ содержит специальные коллизионные правила относительно согласия при усыновлении. Так, необходимость и выражение согласия ребенка и какого-либо лица, с которым ребенок находится в семейно-правовой связи, на объявление происхождения, присвоение имени или усыновление (удочерение) подчиняются дополнительно праву того государства, гражданином которого является ребенок (*lex patriae* усыновляемого). Немецкое право также предусматривает ограничительную оговорку, основанную на интересах ребенка. Согласно ст. 23 ГУ ФРГ в той мере, в какой это необходимо для блага ребенка, вместо *lex patriae* усыновляемого применяется германское право (*lex fori*).

Коллизионное регулирование, основанное на личном законе усыновителя, в сочетании с применением личного закона усыновляемого. Законодательство государств – членов ЕАЭС не содержит обычных двусторонних коллизионных норм, устанавливающих право, применимое к вопросам усыновления. При этом только в ст. 165 СК РФ включено правило о применимом праве, причем только в отношении усыновления (удочерения), в том числе отмены усыновления на территории Российской Федерации иностранными гражданами или лицами без гражданства ребенка, являющегося гражданином Российской Федерации. В этом случае применению подлежит законодательство государства, гражданином которого является усыновитель (*lex patriae* усыновителя), а при усыновлении (удочерении) ребенка лицом без гражданства – законодательство государства, в котором это лицо имеет постоянное место жительства на момент подачи заявления об усыновлении (удочерении) или об отмене усыновления (*lex domicilii* усыновителя). Однако действие личного закона усыновителя ограничивается необходимостью соблюдения целого ряда материальных норм семейного права Российской Федерации (*личный закон усыновляемого*): положений о порядке усыновления; о разнице в возрасте между усыновителем, не состоящим в браке, и усыновляемым ребенком; о получении

согласия родителей усыновляемого ребенка и иных лиц на усыновление. Таким образом, несмотря на первоочередное применение коллизионной привязки к личному закону усыновителя, личный закон усыновляемого также применяется по целому ряду основополагающих вопросов. Кроме того, в отношении усыновления в п. 2 ст. 165 СК РФ сформулирована специфическая оговорка о публичном порядке: «В случае, если в результате усыновления (удочерения) могут быть нарушены права ребенка, установленные законодательством Российской Федерации и международными договорами Российской Федерации, усыновление не может быть произведено независимо от гражданства усыновителя, а произведенное усыновление (удочерение) подлежит отмене в судебном порядке».

Несколько иной подход прослеживается в Законе Польши о МЧП. Согласно ст. 57 этого документа усыновление (удочерение) подчиняется национальному закону усыновляемого (удочеряемой). Однако усыновление (удочерение) совместно супругами подчиняется их общему национальному закону. Представляется, что усыновление совместно супругами является одним из наиболее распространенных случаев усыновления с иностранным элементом, поэтому польское законодательство предусматривает переход с закона усыновляемого на закон усыновителя в большинстве практических ситуаций. Далее ст. 57 Закона Польши о МЧП содержит достаточно развернутый алгоритм действий на тот случай, если общий национальный закон у усыновителей отсутствует. Проводя параллель с СК РФ, следует отметить, что Закон Польши о МЧП устанавливает обязательное применение целого ряда положений законодательства усыновляемого лица, затрагивающих согласие этого лица, согласие его законного представителя и разрешение компетентного государственного органа, а также ограничения усыновления (удочерения) по причине изменения прежнего места проживания на место проживания в другом государстве.

Необходимо подчеркнуть, что, несмотря на общность целого ряда подходов, коллизионные нормы Закона Польши о МЧП по вопросам усыновления сформулированы как классические двусторонние коллизионные нормы, что создает возможность их универсального применения. В то время как правила, сформулированные в СК РФ, говорят лишь об усыновлении на территории Российской Федерации иностранными гражданами или лицами без гражданства ребенка, являющегося гражданином Российской Федерации.

Коллизионное регулирование, основанное на личном законе усыновляемого. Согласно ст. 150 СК Армении, ст. 84–87 КоБС Казахстана, ст. 44, 66 Кодекса о детях Кыргызстана усыновление на территориях соответствующих государств детей – гражд-

дан этих государств осуществляется исключительно по их законодательству. При этом установлен целый ряд ограничений для усыновления детей иностранцами, в том числе остаточный порядок усыновления. Условно можно говорить о коллизионном регулировании вопросов усыновления в государствах – членах ЕАЭС (за исключением Российской Федерации) на основании личного закона усыновляемого, однако правильнее будет указать на отсутствие в указанных государствах коллизионного регулирования усыновления с иностранным элементом как такового.

Вместе с тем нельзя забывать тот факт, что все государства – члены ЕАЭС являются участниками либо Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 7 октября 2002 г. (далее – Кишинёвская конвенция)¹ [15], либо одноименной Конвенции от 22 января 1993 г. (в редакции Протокола от 28 марта 1997 г.)² (далее – Минская конвенция) [16]. Оба упомянутых документа содержат правило, согласно которому усыновление или его отмена осуществляется по законодательству государства, гражданином которого является усыновитель в момент подачи заявления об усыновлении или его отмене. Таким образом, используется признанная на данный момент коллизионная привязка – *личный закон усыновителя*, который определяется через закон гражданства. Однако Кишинёвская конвенция содержит правило, которое значительно ограничивает применение данного коллизионного регулирования: личный закон усыновителя применяется только в том случае, если внутренним законодательством государства, гражданином которого является ребенок, не установлено иное. Как было отмечено ранее, все государства – члены ЕАЭС (за исключением Российской Федерации) придерживаются иного подхода. Также Кишинёвской конвенцией регламентирована ситуация, когда гражданство супругов-усыновителей не совпадает: «Если ребенок усыновляется супругами,

из которых один является гражданином одной Договаривающейся Стороны, а другой – гражданином другой Договаривающейся Стороны, усыновление или его отмена должны производиться в соответствии с условиями, предусмотренными законодательством обеих Договаривающихся Сторон».

Таким образом, на сегодняшний день не существует единства подходов к коллизионному регулированию отношений усыновления с иностранным элементом. По мнению большинства исследователей, коллизионная привязка к праву страны усыновителя является наиболее прогрессивной, поскольку ребенок в любом случае попадет в правовое поле данного государства после завершения процедуры усыновления. Так, И. М. Кузнецова полагает, что применение при усыновлении права соответствующего иностранного государства «обеспечивает в дальнейшем стабильность усыновления в иностранном государстве, и тем самым интересы ребенка будут соблюдены уже в стадии производства усыновления» [17, с. 113].

Однако использование привязки «*личный закон усыновителя*» в чистом виде может не всегда соответствовать интересам ребенка. Например, в законодательстве государства усыновителя может быть указан другой возраст, при наступлении которого необходимо получить согласие ребенка на усыновление, может устанавливаться иная разница в возрасте между усыновителем и усыновленным ребенком, могут быть предусмотрены иные последствия усыновления и т. д. Все эти факторы свидетельствуют в пользу того, что в коллизионном регулировании вопросов усыновления необходимо достигать баланса между применением права страны усыновителя и права страны усыновляемого. При этом не следует забывать, что каждое государство, считая усыновление чувствительной сферой правового регулирования, исходит из того, что национальный режим усыновления является оптимальным с точки зрения защиты интересов ребенка.

Коллизионное регулирование вопросов опеки и попечительства над несовершеннолетними

Семейное законодательство государств – членов ЕАЭС не содержит специальных коллизионных норм, направленных на регулирование вопросов опеки и попечительства над несовершеннолетними. Традиционно для данных стран право, подлежащее применению к опеке и попечительству в целом (не только в отношении несовершеннолетних), определяется на основании положений гражданского законодательства (разделы, посвященные международному частному праву в Гражданских кодексах): ст. 1199 ГК РФ; ст. 1268 ГК Армении; ст. 1124 ГК Казахстана; ст. 1183 ГК Кыргызстана.

Коллизионное регулирование во всех названных государствах является практически идентичным и базируется на использовании трех коллизионных объемов:

1. Установление и отмена опеки или попечительства над несовершеннолетними, недееспособными или ограниченными в дееспособности совершеннолетними лицами. В данном случае применяется *личный закон лица, в отношении которого устанавливается либо отменяется опека или попечительство*. В свою очередь, действуют соответствующие правила определения личного закона, который мо-

¹Республика Беларусь, Республика Армения, Республика Казахстан, Кыргызская Республика.

²Российская Федерация.

жет быть законом гражданства (*lex patriae*) или законом постоянного места жительства (*lex domicilii*) лица, в отношении которого устанавливается либо отменяется опека или попечительство (далее – подопечного). Представляется, что на основании личного закона подопечного решаются все вопросы опеки (попечительства) за исключением тех, которые входят в два последующих коллизионных объема. Исключение из указанного подхода в коллизионном регулировании установлено только в ст. 1183 ГК Кыргызстана, которая для решения названных вопросов предлагает обращаться к праву страны суда (*lex fori*). Однако такое регулирование нельзя признать наилучшей практикой, поскольку оно не учитывает связь соответствующих отношений с личностью подопечного.

2. Обязанность опекуна (попечителя) принять опеку (попечительство). В такой ситуации применяется личный закон лица, назначаемого опекуном (попечителем), который также может быть законом гражданства (*lex patriae*) или законом постоянного места жительства (*lex domicilii*) опекуна (попечителя).

3. Отношения между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством) регулирует право страны, учреждение которой назначило опекуна (попечителя). Однако при использовании данного коллизионного правила национальный законодатель считает необходимым применять *защитную оговорку*. Так, согласно п. 3 ст. 1199 ГК РФ, когда лицо, находящееся под опекой (попечительством), имеет место жительства в Российской Федерации, применяется российское право, если оно более благоприятно для этого лица. Таким образом, в национальном законодательстве государств – членов ЕАЭС прослеживается применение гибкой коллизионной привязки к «наиболее благоприятному праву».

Кишинёвская (ст. 36) и Минская (ст. 33) конвенции устанавливают аналогичный порядок коллизионного регулирования вопросов опеки и попечительства.

Заключение

Большинство современных государств ориентирует свое внутреннее законодательство на создание максимальных гарантий соблюдения прав ребенка, поэтому национальный правовой режим рассматривается государством как предпочтительный, максимально обеспечивающий защиту его интересов, что, в свою очередь, приводит либо к отсутствию, либо к минимизации коллизионного регулирования.

В сфере коллизионного регулирования отношений усыновления можно выделить ряд коллизионных объемов: «условия усыновления», «согласие на усыновление», «способ осуществления усыновления», «правовые последствия усыновления», «преобразование, отмена и изменение усыновления».

Для государств – членов ЕС также характерно решение основных вопросов опеки и попечительства на основании личного закона подопечного. Так, согласно § 27 Закона Австрии о МЧП условия назначения и прекращения опеки или попечительства, как и их последствия, определяются согласно личному закону опекаемого. Аналогичное базовое регулирование предусмотрено, например, в ст. 24 (1) ГУ ФРГ. Разница заключается только в том, что здесь в качестве личного закона опекаемого прямо назван закон гражданства.

Республика Армения и Российская Федерация, а также все государства – члены ЕС являются участниками Гаагской конвенции от 19 октября 1996 г. «О юрисдикции, применимом праве, признании, исполнении и сотрудничестве в отношении родительской ответственности и мер по защите детей» (далее – Гаагская конвенция 1996 г.) [18]. Данный международный договор в числе прочего решает вопросы применимого права в отношении опеки и попечительства. Согласно ст. 5 Гаагской конвенции 1996 г. судебные и административные органы государства, на территории которого постоянно проживает ребенок, компетентны (обладают юрисдикцией) принимать меры, направленные на защиту личности и имущества ребенка. Указанные меры также включают установление опеки или попечительства. При осуществлении своих полномочий упомянутые органы по общему правилу применяют законодательство своего государства. Однако, если это требуется для защиты личности или имущества ребенка, они могут в исключительных случаях применять и учитывать право другого государства, с которым ситуация наиболее тесно связана. Следовательно, по общему правилу и с учетом положений о юрисдикции применимым будет право постоянного места жительства опекаемого (*lex domicilii* подопечного). При этом в качестве *защитной оговорки*, установленной в интересах охраны личности или имущества ребенка, используется принцип наиболее тесной связи.

Условно можно говорить о коллизионном регулировании вопросов усыновления в государствах – членах ЕАЭС (за исключением Российской Федерации) на основании личного закона усыновляемого, однако правильнее будет указать на отсутствие в указанных государствах коллизионного регулирования усыновления с иностранным элементом как такового.

По мнению большинства исследователей, привязка к праву страны усыновителя является наиболее прогрессивной, поскольку усыновленный ребенок в любом случае попадет в правовое поле данного государства после завершения процедуры усыновления. Однако использование привязки *личный*

закон усыновителя в чистом виде может не всегда соответствовать интересам ребенка, поэтому необходимо достигать баланса между применением права страны усыновителя и права страны усыновляемого.

Традиционно для стран ЕАЭС право, подлежащее применению к опеке и попечительству в целом (не только в отношении несовершеннолетних), определяется на основании положений гражданского законодательства. Основные вопросы опеки

и попечительства решаются на основании личного закона подопечного. При этом в комплексном коллизионном регулировании отношений опеки и попечительства над несовершеннолетними также используются коллизионные привязки: личный закон лица, назначаемого опекуном (попечителем), право страны, учреждение которой назначило опекуна (попечителя), а также действуют защитные оговорки, направленные на обеспечение прав подопечных.

Библиографические ссылки

1. О браке и семье: Кодекс Республики Беларусь от 9 июля 1999 г., № 278-3 с изменениями, внесенными Законом Республики Беларусь от 24 октября 2016 г. [Электронный ресурс]. *Национальный центр правовой информации Республики Беларусь*. Минск; 2018.
2. Конвенция ООН о правах ребенка: принята 20 ноября 1989 г. [Электронный ресурс]. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/childcon.shtml (дата обращения: 30.05.2018).
3. Семейный кодекс Российской Федерации: Федеральный Закон от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ (ред. от 30 декабря 2015 г.) [Электронный ресурс]. *КонсультантПлюс: Россия*. Москва: ЗАО «КонсультантПлюс»; 2018.
4. Гражданский кодекс Российской Федерации от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ: принят Государственной Думой 1 ноября 2001 г.: одобрен Советом Федерации 14 ноября 2001 г. (ред. от 28 марта 2018 г.) [Электронный ресурс]. *КонсультантПлюс: Россия*. Москва: ЗАО «КонсультантПлюс»; 2018.
5. О браке (супружестве) и семье: Кодекс Республики Казахстан от 26 декабря 2011 г. № 518-IV (ред. от 9 апреля 2016 г.) [Электронный ресурс]. *Национальный центр правовой информации Республики Беларусь*. Минск; 2018.
6. Гражданский кодекс Республики Казахстан от 1 июля 1999 г. № 409-1 (Особенная часть): в редакции Закона Республики Казахстан от 27 февраля 2017 г. [Электронный ресурс]. *Национальный центр правовой информации Республики Беларусь*. Минск; 2018.
7. Семейный кодекс Республики Армения от 8 декабря 2004 г. № ЗР-123 (ред. от 19 июня 2015 г.) [Электронный ресурс]. *Национальный центр правовой информации Республики Беларусь*. Минск; 2018.
8. Гражданский кодекс Республики Армения от 28 июля 1998 г. № ЗР-239 (ред. от 7 июля 2016 г.) [Электронный ресурс]. *Национальный центр правовой информации Республики Беларусь*. Минск; 2018.
9. Кодекс Кыргызской Республики о детях от 10 июля 2012 г. № 100 (ред. от 27 апреля 2017 г.) [Электронный ресурс]. *Национальный центр правовой информации Республики Беларусь*. Минск; 2018.
10. Гражданский кодекс Кыргызской Республики от 5 января 1998 г. № 1 (часть II) (ред. от 8 июля 2017 г.) [Электронный ресурс]. *Национальный центр правовой информации Республики Беларусь*. Минск; 2018.
11. Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) [cited 2018 May 30]. Available at: [https://www.jusline.at/IPR-Gesetz_\(IPRG\).html](https://www.jusline.at/IPR-Gesetz_(IPRG).html).
12. Loi portant le Code de droit international privé [cited 2018 May 30]. Available at: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2004071631&table_name=loi.
13. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche [cited 2018 May 30]. Available at: <http://dejure.org/gesetze/EGBGB>.
14. Ustawa Prawo prywatne międzynarodowe [cited 2018 May 30]. Available at: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20110800432>.
15. European Convention on the Adoption of Children (Revised) on 27 November 2008 [cited 2018 May 30]. Available at: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084823>.
16. Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам: заключена в г. Кишинёве 7 октября 2002 г. [Электронный ресурс]. *Национальный центр правовой информации Республики Беларусь*. Минск; 2018.
17. Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам: заключена в г. Минске 22 января 1993 г.: в редакции Протокола от 28 марта 1997 г. [Электронный ресурс]. *Национальный центр правовой информации Республики Беларусь*. Минск; 2018.
18. Кузнецова ИМ. Новое в порядке усыновления детей. *Журнал российского права*. 1997;1:110–115.
19. Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children concluded on 19 October 1996 within the Hague Conference on Private International Law. *Official Journal*. 2008;151:36–48.

References

1. On Marriage and Family: Code of the Republic of Belarus, 9 July 1999, No. 278-3: as amended on 24 October 2016. *National center of the legal information of the Republic of Belarus*. Minsk; 2018. Russian.
2. UN Convention on the Rights of the Child (accepted on 20 November 1989) [cited 2018 May 30]. Available at: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en.
3. Family Code of the Russian Federation, 29 December 1995, No. 223-ФЗ: as amended on 30 December 2015. *KonsultantPlus: Russia*. Moscow: JSC «KonsultantPlus»; 2018. Russian.
4. Civil Code of the Russian Federation, 26 November 2001, No. 146-ФЗ: as amended on 28 March 2017(part three). *KonsultantPlus : Russia*. Moscow: JSC «KonsultantPlus»; 2018. Russian.

5. Code of the Republic of Kazakhstan on Marriage (matrimony) and Family, 26 December 2011, No. 518-IV: as amended on 9 April 2016. *National center of the legal information of the Republic of Belarus*. Minsk; 2018. Russian.
6. Civil Code of the Republic of Kazakhstan, 1 July, 1999, No. 409-I (special part): as amended on 27 February 2017. *National center of the legal information of the Republic of Belarus*. Minsk; 2018. Russian.
7. Family Code of the Republic of Armenia, 8 December 2004, No. 3P-123: as amended on 19 July 2015. *National center of the legal information of the Republic of Belarus*. Minsk; 2018. Russian.
8. Civil Code of the Republic of Armenia, 28 July 1998, No. 3P-239: as amended on 7 July 2016. *National center of the legal information of the Republic of Belarus*. Minsk; 2018. Russian.
9. Code of the Kyrgyz Republic on children, 10 July 2012, No. 100: as amended on 27 April 2017. *National center of the legal information of the Republic of Belarus*. Minsk; 2018. Russian.
10. Civil Code of the Kyrgyz Republic, 5 January 1998, No. 1 (Part II): as amended on 8 June 2017. *National center of the legal information of the Republic of Belarus*. Minsk; 2018. Russian.
11. Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) [cited 2018 May 30]. Available at: [https://www.jusline.at/IPR-Gesetz_\(IPRG\).html](https://www.jusline.at/IPR-Gesetz_(IPRG).html). German.
12. Loi portant le Code de droit international privé, 16.07.2004 [cited 2018 May 30]. Available at: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2004071631&table_name=loi. French.
13. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche [cited 2018 May 30]. Available at: <http://dejure.org/gesetze/EG-BGB>. German.
14. Ustawa Prawo prywatne międzynarodowe 04.02.2011 [cited 2018 May 30]. Available at: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20110800432>. Polish.
15. European Convention on the Adoption of Children (Revised) accepted on 27 November 2008 [cited 2018 May 30]. Available at: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084823>.
16. Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters (Kishinev, 7 October 2002). *National center of the legal information of the Republic of Belarus*. Minsk; 2018. Russian.
17. Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters (Minsk, 22 January 1993): ed. by Protocol of 28 March 1997. *National center of the legal information of the Republic of Belarus*. Minsk; 2018. Russian.
18. Kuznetsova IM. New in the order of children adoption. *Journal of Russian Law*. 1997;1:110–115. Russian.
19. Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children concluded on 19 October 1996 within the Hague Conference on Private International Law. *Official Journal*. 2008;151:36–48.

Статья поступила в редколлегию 31.05.2018.
Received by editorial board 31.05.2018.

УДК 347.232:347.952.4

О НЕКОТОРЫХ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ АСПЕКТАХ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ КОНФИСКАЦИИ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ПРОИЗВОДСТВА

Н. Н. НИКОНОВА¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет,
пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Регулирование уголовно-правовой конфискации актами различных отраслей привело к отсутствию ее комплексных исследований, противоречию доктринального и практического понимания конфискации, наличию пробелов и коллизий. Цивилисты рассматривают конфискацию как основание возникновения права государственной и прекращения права частной собственности. В работах по уголовному и уголовно-исполнительному праву гражданско-правовые аспекты конфискации не затрагиваются (исключение – работа А. А. Пропостина «Конфискация имущества: прошлое, настоящее, будущее»). Автором выявлены три существенные проблемы при исполнении приговоров о конфискации: определение объектов (имущества), подлежащих конфискации; определение момента перехода права собственности; наличие/отсутствие правопреемства. Сделаны выводы о том, что в соответствии с действующим законодательством конфискации подлежат исключительно объекты, принадлежащие должнику на праве собственности; необходимы изменения в законодательстве, которые позволят распространить конфискацию на иные виды объектов гражданских прав; право собственности должника на конфискуемое имущество прекращается при вступлении приговора в законную силу; конфискация – основание для сингулярного правопреемства: ряд обязательств осужденного переходит к государству; в отношении конфискованного имущества сохраняются ранее существовавшие ограничения/обременения, если иное не предусмотрено законодательством.

Ключевые слова: конфискация; исполнительное производство; имущество; прекращение права собственности; возникновение права собственности; правопреемство.

ON CIVIL-LAW ASPECTS OF CRIMINAL-LAW CONFISCATION FROM THE POINT OF VIEW OF THE EXECUTIVE PROCEEDINGS

N. N. NIKANAVA^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

The regulation of criminal-law confiscation by acts of different branches caused the almost complete absence of comprehensive fundamental research on the issues of criminal-law confiscation, the presence of numerous lacunes and collisions in legal regulation, the discrepancy between doctrinal and practical understanding of confiscation. Confiscation was considered as the basis of origin of the right of state property and the basis for the termination of the right of private property in the works of the civilists. In the works on criminal and criminal-executive law, civil-law aspects of criminal-law confiscation usually are not regarded, excluding “Confiscation of property: past, present, future” by A. A. Propostin. Analysis of legislation and practice of enforcement proceedings led the author to conclude that there are three substantial problems in the execution of writs for seizure: the determination of objects (property) that can be confiscated; the determination of the moment of termination of the right of private property and the moment of the origin of state property; succession as

Образец цитирования:

Никонова НН. О некоторых гражданско-правовых аспектах уголовно-правовой конфискации с точки зрения исполнительного производства. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2018;2: 43–53.

For citation:

Nikanava NN. On civil-law aspects of criminal-law confiscation from the point of view of the executive proceedings. *Journal of Belarusian State University. Law.* 2018;2:43–53. Russian.

Автор:

Наталья Николаевна Никонова – кандидат юридических наук; доцент кафедры гражданского процесса и трудового права юридического факультета.

Author:

Nataliya N. Nikanava, PhD (law); associate professor at the department of civil procedure and labour law, faculty of law.
nikanova_nataliya@bsu.by

the result of confiscation. The author comes to the conclusion that only the asserts that belong to the debtor on the right of property are subject to seizure, that legislation changes that spread the confiscation to other types of assets are required, that the debtor's ownership of the confiscated property is terminated upon the judgment goes in effect, that confiscation is the basis for a singular succession: a number of obligations of the convicted person passes to the state, that according to the criterion of the earlier existence of the right of property, confiscation of the property is the derivative basis of origin of the right of property, consequently the previously existing restrictions/encumbrances remain, unless otherwise provided.

Key words: confiscation; enforcement proceedings; property; termination of ownership; origination of ownership; succession.

Введение

Уголовно-правовая конфискация – сложное явление, урегулированное нормами актов, относящихся к различным отраслям права, а также актами, имеющими комплексный характер. Длительное время исполнение уголовно-правовой конфискации осуществлялось по правилам раздела IX Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь¹ (далее – ГПК), который в принципе не был направлен на регулирование вопросов исполнения актов публично-правовой природы. В результате этого вопросы исполнения уголовно-правовой конфискации оказались за рамками интересов специалистов соответствующих отраслей права, а отсутствие взаимодействия между государственными органами при принятии нормативных

правовых актов привело к существенным противоречиям в правовом регулировании конфискации. Ввиду недостатков правового регулирования доктринальное понимание конфискации существенно разошлось с пониманием, сложившимся на практике.

Исполнение уголовного наказания в виде конфискации возложено на органы принудительного исполнения, что определяется преваляцией гражданско-правовых последствий конфискации. Для правильного ведения исполнительного производства необходимо определить, что представляет собой конфискация, с какого момента право собственности переходит к государству, имеется ли при конфискации правопреемство.

Теоретические основы

Конфискация как уголовное наказание рассматривается в работах по уголовному и уголовно-исполнительному праву В. Г. Даева, Д. И. Самгина, И. М. Гальперина, А. Л. Иветиновича и др. При этом за пределами рассмотрения, как правило, оказываются гражданско-правовые последствия конфискации. В рамках гражданского права конфискация рассматривается как основание возникновения права государственной и прекращения частной собственности [1–10]. Проблемные вопросы, обозначенные нами, непосредственно не рассматриваются. Исключение составляет работа С. М. Корнева, в которой определяется момент прекращения права собственности при конфискации. Комплексных исследований по вопросам уголовно-правовой конфискации почти не проводилось. Исключение

составляет работа А. А. Пропостина «Конфискация имущества: прошлое, настоящее, будущее» [11].

Исполнение исполнительных листов о конфискации регулируется Указом Президента Республики Беларусь от 19 февраля 2016 г. № 63 «О совершенствовании работы с имуществом, изъятым, арестованным или обращенным в доход государства»² (далее – Указ № 63), Уголовным кодексом Республики Беларусь³ (далее – УК), Гражданским кодексом Республики Беларусь⁴ (далее – ГК), Законом Республики Беларусь «Об исполнительном производстве»⁵ (далее – Закон), а также другими нормативными правовыми актами.

Автором изучены материалы опубликованной и неопубликованной судебной практики, исполнительных производств. Произведен опрос более

¹Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь: от 11 января 1999 г. № 238-3 (ред. от 01 июля 2014 г.) [Электронный ресурс]. *Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь*. Минск, 2018.

²О совершенствовании работы с имуществом, изъятым, арестованным или обращенным в доход государства : Указ Президента Респ. Беларусь от 19 февраля 2016 г. № 63 [Электронный ресурс]. *Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь*. Минск, 2018.

³Уголовный кодекс Республики Беларусь от 9 июня 1999 г. № 275-3 : принят Палатой представителей 2 июня 1999 г. : одобрен Советом Респ. 24 июня 1999 г. [Электронный ресурс]. URL: <http://pravo.by/document/?guid=3871&p0=hk9900275> (дата обращения: 25.06.2018).

⁴Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 218-3 : принят Палатой представителей 28 октября 1998 г. : одобрен Советом Респ. 19 ноября 1998 г. [Электронный ресурс]. URL: <http://pravo.by/document/?guid=3871&p0=hk9800218> (дата обращения: 25.06.2018).

⁵Об исполнительном производстве : Закон Республики Беларусь от 24 октября 2016 г. № 439-3 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.pravo.by/document/?guid=12551&p0=H11600439> (дата обращения: 25.06.2018).

40 респондентов (юристы с высшим образованием и стажем работы более 10 лет), которым предлагалось ответить на вопросы о том, как они понимают

сущность конфискации и с какого момента прекращается право собственности осужденного на конфискованное имущество.

Результаты исследования и их обсуждение

Об объектах (имуществе), подлежащих конфискации. Поводом к написанию статьи послужили два казуса. В первом судебный исполнитель обнаружил, что земельный участок, названный в качестве имущества, подлежащего конфискации, в исполнительном листе, принадлежит должнику-осужденному на праве пожизненного наследуемого владения, а незавершенное капитальное строительство не зарегистрировано. Во втором судебный исполнитель обратился с вопросом о порядке конфискации доли в уставном фонде общества с ограниченной ответственностью. Оба казуса поставили нас в тупик, потому что в классическом понимании указанное имущество конфискации не подлежит. Дальнейшее исследование показало, что приговоры о конфискации доли в уставном фонде хозяйственных обществ являются нормой судебной практики⁶. В настоящее время УК предусматривает два вида конфискации: общую конфискацию, которую следует рассматривать в качестве дополнительного уголовного наказания, и конфискацию специальную, которая как наказание не рассматривается, а представляет собой специальную охранительную меру, применение которой допускается и в отношении лица, не являющегося осужденным⁷. Есть общее понимание того, что конфискация относится к имущественным мерам. Однако изучение нормативных правовых актов по вопросам уголовной конфискации, а также правоприменительной практики привело автора к выводу, что современное практическое понимание данного явления далеко от традиционного доктринального, нашедшего отражение в ГК и УК. Опрос практикующих юристов показал, что большинство из них под конфискацией понимают основание для реализации имущества и зачисления полученных денежных средств в бюджет или источник денежных поступлений в бюджет. Именно о таком понимании конфискации может говорить следующий фрагмент резолютивной части приговора, отраженный в исполнительном листе: «Обратить взыскание на

мобильный телефон Nokia 510, ... в счет исполнения приговора в части конфискации имущества»⁸.

Элементы такого понимания конфискации законодателем можно усмотреть, например, в Указе Президента Республики Беларусь от 4 июля 2012 г. № 294 «О порядке распоряжения государственным имуществом» (где нет прямых упоминаний об определении судьбы конфискованного имущества, а также имущества, иным образом обращенного в доход государства)⁹, в Указе № 63, в Законе от 22 июля 2002 г. № 133-З «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним»¹⁰ (который не предусматривает промежуточной регистрации перехода права собственности от частного лица к государству на основании приговора о конфискации, но зато в качестве основания для регистрации возникновения права собственности приобретателя конфискованного имущества говорит об актах состоявшихся торгов при реализации имущества, обращенного в доход государства), ст. 535 Гражданского процессуального кодекса (ред. от 1 июля 2014 г.) (далее – ГПК), ст. 80 Закона. Как следствие, в течение длительного времени (1999–2016 гг.) исполнительное производство об уголовно-правовой конфискации заключалось в изъятии и реализации имущества осужденного для получения денежного эквивалента.

Полагаем, такое понимание не является правильным, противоречит пониманию, закрепленному в УК, исключает государство из цепочки собственников: осужденный – государство – новый собственник (лицо, которому продано, иным способом отчуждено конфискованное имущество). Кроме того, при таком понимании фактически стирается грань между конфискацией и обращением взыскания на имущество по долгам.

Следует также отметить, что в вышеуказанных актах понимание конфискации как источника пополнения бюджета денежными средствами не является единственным. Так, Указ № 63 помимо продажи конфискованного имущества предусма-

⁶См., например: Бобков Д. «Хотят конфисковать после снятия судимости». Бизнесмен пытается отстоять свое имущество [Электронный ресурс]. URL: <https://finance.tut.by/news516370.html> (дата обращения: 25.06.2018).

⁷См., например: О ходе выполнения судами постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 23 сентября 1999 г. № 8 «О практике назначения судами конфискации имущества по уголовным делам»: Постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 28 июня 2017 г. № 5 [Электронный ресурс]. URL: http://www.court.gov.by/ru/justice_rb/praktice/prez/d4b0a9fdf7b85aba.html (дата обращения: 25.06.2018).

⁸Архив ОПИ Первомайского района г. Минска за 2016 г. Исполнительное производство № 70717000661.

⁹О порядке распоряжения государственным имуществом: Указ Президента Республики Беларусь от 4 июля 2012 г. № 294 [Электронный ресурс]. URL: <http://pravo.by/document/?guid=3871&p0=P31200294> (дата обращения: 25.06.2018).

¹⁰О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним: Закон Респ. Беларусь от 22 июля 2002 г. № 133-З [Электронный ресурс]. URL: <http://www.pravo.by/document/?guid=3871&p0=h10200133> (дата обращения: 25.06.2018).

тривает и иные способы определения его дальнейшей судьбы: переработку, утилизацию, уничтожение, безвозмездную передачу для дальнейшего использования и т. д. Определение судьбы имущества является реализацией правомочия собственника по распоряжению им.

Рассмотрим, что под конфискацией понимает УК.

Сущность общей конфискации¹¹ определена в ч. 1 ст. 61 УК: «Уголовно-правовая конфискация имущества состоит в принудительном безвозмездном изъятии в собственность государства всего или части имущества, являющегося собственностью осужденного».

Из данного определения следует, что:

- имущество изымается у *осужденного* и передается *государству*;
- подлежит изъятию имущество, принадлежащее осужденному на праве собственности, а не какое-то другое.

К объектам гражданских прав, которые могут находиться на праве собственности, относятся деньги, вещи (движимые и недвижимые, включая предприятия как имущественные комплексы), ценные бумаги (документарные). Иные объекты (права требования, доли в уставном фонде (тоже по сути право требования), объекты права интеллектуальной собственности) на праве собственности находятся не могут, объектами вещных прав не являются, следовательно, общей конфискации не подлежат.

Имеется коллизия на уровне кодифицированных актов: если УК и ГК последовательны в определении круга объектов конфискации, то ст. 167 УК среди видов имущества, подлежащих конфискации, называет «долю в уставном фонде предприятий и организаций». Правовая природа такого объекта (имущественное право) в рамках *действующего* правового регулирования исключает возможность перехода *права собственности* на него. На невозможность конфискации долей в уставных фондах обращал внимание, в частности, К. Н. Шутов [13, с. 18].

Следует отметить, что в данном случае *потребности* практики расходятся с нормами УК и ГК. Нормы УК, традиционные для советского права, были рассчитаны на достаточно скудный гражданский оборот. В настоящее время иные виды объектов гражданских прав, иное имущество, которое не является объектом вещных прав, может представлять ценность значительно большую, чем объекты

права собственности. Данное обстоятельство давно нашло отражение в международных документах. Так, Конвенция ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 г.¹² (п. q ст. 1) под имуществом (*property*), подлежащим конфискации, понимает «активы любого рода, материальные или нематериальные, движимые и недвижимые, осязаемые или неосязаемые, а также юридические документы или акты, удостоверяющие право на такие активы или участие в них». Также этот вопрос рассматривается в Страсбургской конвенции об отмывании, выявлении и изъятии доходов от преступной деятельности¹³ (п. b ст. 1) и других актах.

Выходов из данной ситуации может быть несколько, например:

- придать статус вещей отдельным объектам гражданских прав [14, с. 321];
- расширить, изменить понятие конфискации [11, с. 131].

Первый вариант в целом представляется неоправданным, исходя из того, что технически необходимо в каждом случае для отдельных объектов гражданских прав указывать, что по статусу они приравнены к вещам, при этом последствия такого указания будут распространяться не только на уголовно-правовую конфискацию. Кроме того, не для всякого объекта гражданских прав такое указание допустимо.

Второй вариант является предпочтительным ввиду того, что используется только для целей конфискации. При этом под конфискацией, как представляется, следует понимать принудительный и безвозмездный перевод прав на имущество на государство¹⁴.

Третьим вариантом, который может быть использован в качестве временного, переходного, является модель ч. 7 ст. 61 УК (возможность взыскания денежного эквивалента в случаях, когда имущество не может быть конфисковано), которую мы рассмотрим несколько позднее.

Таким образом, в рамках действующего правового регулирования общая конфискация имущества, которое не является объектом права собственности, недопустима. Однако развитие гражданского оборота диктует необходимость перехода к более широкому пониманию конфискации и его законодательному закреплению.

Специальная конфискация регулируется ч. 6 ст. 61 УК и представляет собой принудительное

¹¹Существование общей конфискации как дополнительного наказания давно подвергалось критике (см., например, [12]). Автор не является специалистом в области уголовного права, а потому не может оценить эффективность данного наказания, однако полагает, что принципиальный отказ от нее снял бы целый ряд сложноразрешимых проблем прикладного характера, в частности, вопрос о допустимости правопреемства в случае смерти осужденного.

¹²Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 года [Электронный ресурс]. URL: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_ru.pdf (дата обращения: 25.06.2018).

¹³Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime [Electronic resource]. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007bd23> (date of access: 25.06.2018).

¹⁴Подобная идея была использована при формулировке ч. 1 ст. 104.1 Уголовного кодекса Российской Федерации.

безвозмездное изъятие в собственность государства орудий и средств совершения преступления, принадлежащих осужденному, вещей, изъятых из оборота, имущества, приобретенного преступным путем, дохода, полученного от использования этого имущества, а также предметов, которые непосредственно связаны с преступлением.

В литературе отмечается, что специальная конфискация объединяет две достаточно разнонаправленных меры: изъятие орудий и средств совершения преступления, а также вещей, изъятых из оборота, и изъятие имущества, полученного преступным путем, и доходов от его использования. Первая мера является охранительной, она установлена в интересах общества, направлена на недопущение использования орудий и средств иными субъектами для совершения аналогичных преступлений. Изъятие вещей из оборота преследует те же цели. Вторая мера – восстановительная – близко примыкает к гражданско-правовым обязательствам из неосновательного обогащения. Имущество, приобретенное преступным путем, формально принадлежит осужденному, однако мы можем приравнять осужденного к недобросовестному приобретателю. Применяя наказание в виде конфискации имущества, полученного преступным путем, суд преследует цель по восстановлению положения осужденного в состоянии, предшествующее получению им обогащения преступным путем.

Объекты, которые могут быть изъяты при специальной конфискации так же, как и в случае с общей, должны быть объектами права собственности.

Самостоятельная восстановительная мера закреплена в ч. 7 ст. 61 УК: «если специальная конфискация имущества, приобретенного преступным путем, дохода, полученного от использования этого имущества, на момент принятия решения о конфискации невозможна вследствие утраты, израсходования, уничтожения, реализации либо по иным причинам, с осужденного в доход государства взыскивается денежная сумма, соответствующая стоимости имущества, приобретенного преступным путем, и (или) размеру дохода, полученного от использования этого имущества, а размер денежной суммы, подлежащей взысканию, определяется судом на день вынесения приговора».

Полагаем, что в качестве «иных причин», по которым специальная конфискация невозможна, следует рассматривать и правовую природу объекта гражданских прав, которая исключает нахождение объекта на праве собственности.

Поскольку специальная конфискация при применении ч. 7 ст. 61 УК невозможна, мера, указанная выше, является специальной восстановительной мерой, а не конфискацией. При применении ч. 7

ст. 61 УК выдается исполнительный лист о взыскании денежных средств, исполнительное производство по нему ведется по правилам исполнительных производств о взыскании денежных средств с особенностями, проистекающими из публично-правовой природы данного акта.

Полагаем, что именно такую модель целесообразно первоначально закрепить в УК для решения вопросов обращения взыскания на имущество, не принадлежащее должнику на праве собственности, при общей конфискации имущества. Это даст возможность на законных основаниях получать денежные средства и от реализации иных объектов гражданских прав, принадлежавших осужденному, в доход государства.

С точки зрения *гражданского права* конфискация является основанием прекращения частной собственности (ст. 244 ГК) и возникновения государственной (п. 3 ст. 219 ГК). Нигде в современном *гражданском* законодательстве Республики Беларусь конфискация не рассматривается как основание для перехода к государству прав на объекты гражданских прав, отличных от объектов права собственности¹⁵.

Момент перехода права собственности при конфискации исключительно важен для ведения исполнительного производства, определения состава исполнительных действий и мер принудительного исполнения по такому исполнительному производству, для решения некоторых иных прикладных вопросов, связанных с несением бремени содержания имущества (в частности, для определения лица, обязанного оплачивать земельный налог, налог на недвижимость, уплачивать коммунальные платежи).

В гражданском законодательстве ответа на вопрос о том, когда при конфискации прекращается право собственности на имущество осужденного и возникает право собственности государства, нет. Таким образом, констатируется наличие пробела правового регулирования по данному вопросу. Для восполнения пробела могут быть использованы аналогия закона, а если ее применение невозможно, то аналогия права.

Рассмотрим, каким образом законодатель определяет момент прекращения/возникновения права собственности по иным основаниям. Регулирование дифференцировано для договорных оснований прекращения/приобретения права собственности и внедоговорных. При этом мы рассмотрим лишь те случаи, где право собственности на вещь существовало ранее.

Так, в соответствии с п. 1 ст. 224 ГК при отчуждении имущества *по договору* право собственности у приобретателя по общему правилу возника-

¹⁵В зарубежном законодательстве встречается и иное понимание, кроме того, сама собственность может пониматься по-другому [14; 15].

ет с момента передачи вещи. Иное стороны могут предусмотреть своим соглашением. В отношении недвижимого имущества право собственности у приобретателя *по договору* возникает с момента регистрации, если иное не установлено законодательством. По общему правилу именно в момент передачи вещи предыдущий собственник лишается правомочий владения, пользования и распоряжения. При переходе права собственности по договору момент прекращения права собственности предыдущего собственника и возникновения права собственности у нового собственника совпадают.

Для внедоговорных способов приобретения/прекращения/перехода отсутствует единообразный подход, при этом (например, при наследовании) возможен временной разрыв между прекращением права собственности у предыдущего и возникновением права собственности у нового собственника.

В отношении *возникновения* права собственности имеются следующие указания:

- в случае смерти наследодателя право собственности переходит к наследникам с момента принятия наследства (ч. 2 п. 2 ст. 219 ГК, п. 4 ст. 1069 ГК);
- в случае реорганизации юридического лица – к правопреемникам (с момента реорганизации) (ст. 54, ч. 3 п. 2 ст. 219 ГК);
- в случае находки, обнаружения безнадзорных животных, приобретения по приобретательной давности основанием для возникновения права собственности является истечение сроков, установленных законодательством (ст. 229, ч.1 п. 1 ст. 235 ГК), а в отношении приобретения по приобретательной давности недвижимого имущества право собственности возникает с момента регистрации такого имущества (ч. 2 п. 1 ст. 235 ГК);
- в случае обращения в собственность общедоступных вещей, обнаружения клада (сбор, добыча или обнаружение соответственно) право собственности возникает в момент фактического поступления во владение (ст. 222, ст. 234 ГК);
- при обращении в собственность вещей, от которых собственник отказался – с момента совершения действий, свидетельствующих об обращении в собственность, или «по решению суда» (полагаем, имеется ввиду момент вступления решения в законную силу) (ст. 227 ГК);
- с момента вступления решения в законную силу (однако, прямо это не определено) право собственности возникает при признании *судом* права коммунальной собственности в отношении недвижимой вещи, находившейся необходимое время на

учете в организации по государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним (п. 3 ст. 226 ГК, § 6 гл. 30 ГПК).

Для приведенных внедоговорных оснований перехода права собственности (кроме ч. 2 п. 1 ст. 235 ГК) законодательные акты не содержат указания на связь возникновения права собственности на недвижимое имущество с актом государственной регистрации.

Время *прекращения* права собственности определяются следующим образом:

- при отказе от права собственности – с момента, когда право собственности приобретено другим лицом или с момента уничтожения/утилизации имущества (ст. 237 ГК);
- при отчуждении имущества при обращении на него взыскания по долгам собственника – с момента приобретения права на имущество другим лицом (ст. 238 ГК).

Для других случаев прекращения права собственности, как правило, против воли собственника (ст.ст. 239–245 ГК), в том числе и для конфискации, указание на момент прекращения права собственности отсутствует.

Анализ положений Указа № 63, Указа Президента Республики Беларусь от 4 июля 2012 г. № 294 «О порядке распоряжения государственным имуществом»¹⁶, Закона Республики Беларусь от 22 июля 2002 г. № 133-З «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним»¹⁷ может привести к выводу, что конфискованное имущество может сменить собственника, минуя государство. И практики эту позицию разделяют, полагая, что право собственности должника-осужденного прекращается при продаже имущества иному лицу (а при продаже недвижимого имущества – при регистрации права собственности другим лицом). Таким образом, для восполнения пробела фактически используется ст. 238 ГК (отчуждение имущества по долгам собственника). При этом игнорируются два обстоятельства: 1) продажа имущества – не единственный способ определения его судьбы: возможны, переработка, уничтожение/утилизация, безвозмездная передача (п. 17 Указа № 63); 2) сущность конфискации понимается как безвозмездное изъятие имущества из *собственности* осужденного и передача в собственность государства. Второе обстоятельство более важно, так как если следовать позиции практиков, возникает вопрос о наличии и применении конфискации как уголовного наказания, закрепленного в ст. 61 УК: изымается

¹⁶О порядке распоряжения государственным имуществом: Указ Президента Республики Беларусь от 4 июля 2012 г. № 294 [Электронный ресурс]. Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. URL: <http://pravo.by/document/?guid=3871&p0=P31200294> (дата обращения: 25.06.2018).

¹⁷О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним: Закон Респ. Беларусь от 22 июля 2002 г. № 133-З [Электронный ресурс] Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. URL: <http://www.pravo.by/document/?guid=3871&p0=h10200133> (дата обращения: 25.06.2018).

имущество, а в *собственность* государства поступают денежные средства от его реализации.

Следует отметить, что на формирование практической позиции по вопросу о переходе права собственности на недвижимое имущество при конфискации оказывает влияние и бытовое убеждение о том, что возникновение права на недвижимое имущество связано исключительно с моментом его регистрации. Это утверждение верно лишь в отношении перехода права на основании договора, но, как нами было показано, безосновательно в отношении иных оснований прекращения/возникновения права собственности, к которым относятся и конфискация.

Полагаем также, что определение судьбы конфискованного имущества компетентным государственным органом (в большинстве случаев таким органом выступает Департамент по гуманитарной деятельности) является правомочием собственника по распоряжению имуществом, что соответствует сущности конфискации, отраженной в ст. 61 УК.

Исходя из изложенного, автор считает недопустимым, противоречащим сути конфискации применение ст. 238 ГК по аналогии для определения момента прекращения права собственности на конфискуемое имущество осужденного, а также сформировавшуюся на практике позицию о том, что при реализации конфискованного имущества оно может сменить собственника, минуя государство.

Несмотря на наличие пробела в законодательстве по вопросу о моменте прекращения права собственности у осужденного и моменте возникновения права собственности у государства при конфискации и исключительную прикладную важность данного вопроса, в большинстве монографических работ он не рассматривается.

Однако в работе К. Н. Шутова нам встретилось упоминание о моменте перехода права собственности к государству: это «момент принятия имущества на баланс соответствующим финансовым органом» [13, с. 6]. При этом обоснование такой позиции не приводится. Данное толкование не представляется нам правильным, поскольку:

- возможен существенный временной разрыв между изъятием имущества у осужденного и передачей его Департаменту или иному компетентному органу; в период, когда имущество изъято у осужденного, но еще не передано Департаменту или иному компетентному органу, осужденный уже лишен всех правомочий собственника в отношении данного имущества;

- в отношении имущества, не представляющего ценности, возможно его уничтожение органами принудительного исполнения без передачи в Департамент, т. е. органы принудительного исполнения при уничтожении малоценного имущества реализуют правомочия собственника (как компетентный орган в понимании Указа № 63).

При этом, по логике К. Н. Шутова, трактующего конфискацию как изъятие имущества из *собственности* осужденного и передачу в *собственность* государства (имущество на баланс не ставится, значит, не передается), при уничтожении изъятого имущества конфискации вообще не происходит, что не соответствует действительности.

В то же время С. М. Корнеев отмечал, что «право собственности государства на конфискованное имущество возникает с момента вступления в законную силу приговора или решения суда либо с момента издания постановления административного органа о конфискации (независимо от фактической передачи имущества государственному органу)» [1, с. 58].

Возможным видится и прекращение права собственности осужденного в момент изъятия имущества судебным исполнителем. Оба эти варианта имеют определенные достоинства и недостатки.

Если моментом прекращения права собственности признать момент изъятия имущества, то остается открытым вопрос относительно имущества, которое не изымается, например, земельные участки или бездокументарные ценные бумаги (в отношении них происходит перевод прав на государство). Кроме того, с точки зрения несения бремени содержания имущества нарушаются идеи справедливости: как правило, на имущество, подлежащее конфискации, налагается арест, т. е. уже к моменту вынесения приговора (и, разумеется, после него) осужденный лишен возможности пользоваться имуществом и определять его судьбу, однако должен будет нести бремя содержания имущества. Признание моментом прекращения права собственности момента фактического изъятия имущества также нивелирует значение приговора, решения как акта правосудия. В то же время такой подход позволяет объяснить действие специальных правил (ст. 535 ГПК и ст. 80 Закона), позволяющих из стоимости конфискованного имущества удовлетворять некоторые виды требований кредиторов осужденного (хотя подход, закрепленный в указанных статьях, будет подвергнут нами критике).

Если же переход права собственности от осужденного к государству связывать со вступлением приговора о конфискации в законную силу, как это делает С. М. Корнеев, то бремя содержания имущества, соответственно, ложится на нового собственника – государство, оно же несет риски, связанные с гибелью и повреждением имущества, а также получает возможность гражданско-правовой защиты своего права на имущество в случае его уничтожения/повреждения должником или иными лицами. Однако в такой ситуации смерть должника никоим образом не будет влиять на продолжение исполнительного производства, а задолженность по иным исполнительным документам, обязательствам, как

отмечает С. М. Корнеев, будет рассматриваться как обременение такого имущества [1, с. 58].

Считаем правильным вариант, при котором прекращение права на конфискованное имущество связывается со вступлением приговора в законную силу. Это определяется в том числе и перспективами развития общей конфискации, под которыми понимается возможность законодательного закрепления (и существующая уже сейчас практика) конфискации объектов гражданских прав, не являющихся объектами вещного права. В отношении долей участия, бездокументарных ценных бумаг целесообразно осуществлять именно *перевод прав* на государство по приговору суда.

Правопреемство и сохранение производных вещных прав на имущество при конфискации. В современном законодательстве по гражданскому праву, в законодательстве об исполнительном производстве и иных нормативных актах нет явного указания на то, происходит ли при конфискации правопреемство. Вопрос о нем при конфискации фактически распадается на две составляющие: правопреемство по долгам осужденного и правопреемство в праве собственности на конфискуемое имущество.

В целом государству выгодно, чтобы вещь поступала в его собственность свободной от предыдущих ограничений, обременений, обязательств собственника. Однако социальная справедливость, а также те основания, по которым критикуется существование общей конфискации, приводят к тому, что государство, конфискуя имущество, устанавливает правила, в соответствии с которыми в том или ином объеме принимает на себя обязанности по долгам осужденного.

Так, ч. 4 и ч. 5 ст. 35 Уголовного кодекса РСФСР 1960 г.¹⁸ (далее – УК РСФСР), ч. 5 и ч. 6 ст. 34 Уголовного кодекса БССР¹⁹ (УК БССР), предусматривали, что «при конфискации имущества государство не отвечает по долгам и обязательствам осужденного, если они возникли после принятия органами дознания, следствия или судом мер по сохранению имущества и притом без согласия этих органов.

В отношении претензий, подлежащих удовлетворению за счет конфискованного имущества, государство отвечает лишь в пределах актива, причем в отношении очередности удовлетворения претензий соблюдаются правила, установленные ГПК...».

Несмотря на то что соответствующие нормы находились в уголовных кодексах, по сути они являлись гражданско-правовыми. Содержание этих норм, безусловно, позволяло говорить о том, что

имущественные обязанности осужденного частично переходили к государству. Недостатком было то, что норма не позволяла определить, являлось ли государство по таким долгам основным должником или же субсидиарным, отвечало ли именно тем имуществом осужденного, которое было конфисковано (а в последующем, возможно, и реализовано), или в пределах дохода, полученного от реализации такого имущества.

В настоящее время законодатель отказался от такого упоминания на уровне УК, нормы об ответственности государства по долгам осужденного нашли отражение в процессуальном законодательстве. Статья 535 ГПК предусматривала, что «реализация имущества должника при исполнении приговора суда в части конфискации имущества производится после исполнения приговора в части возмещения ущерба, причиненного преступлением, а также после удовлетворения всех предъявленных к должнику требований, возникших до наложения органами предварительного следствия или судом ареста на имущество.

Требования о взыскании алиментов, расходов, затраченных государством на содержание детей, находящихся на государственном обеспечении, о возмещении ущерба, причиненного жизни и здоровью, удовлетворяются и в том случае, если они возникли после наложения ареста на имущество осужденного».

Подобным образом решен вопрос и в ст. 80 Закона: «По исполнительному документу о конфискации имущества должника, об обращении имущества должника в доход государства иным способом реализация такого имущества производится после исполнения требований, содержащихся в исполнительных документах по исполнительным производствам:

- о взыскании алиментов;
- о взыскании расходов, затраченных государством на содержание детей, находящихся на государственном обеспечении;
- о возмещении ущерба, причиненного преступлением;
- возбужденным до наложения ареста на имущество должника органами, ведущими уголовный процесс».

Представляется, что и ст. 535 ГПК, и ст. 80 Закона имеют ряд недостатков:

- исключают упоминание об ответственности государства по долгам осужденного в случаях, предусмотренных законом, в пределах стоимости такого имущества; сама редакция названных актов такова, что с трудом позволяет сделать вывод о том, что го-

¹⁸Уголовный кодекс РСФСР : кодекс РСФСР : утвержден ВС РСФСР 27 октября 1960 г. [Электронный ресурс]. Консультант-Плюс / ЗАО «Консультант Плюс». Москва, 2018.

¹⁹Уголовный кодекс БССР : кодекс БССР от 29 декабря 1960 г. [Электронный ресурс]. URL: http://pravo.by/ImgPravo/pdf/UK_BSSR_1960.pdf (дата обращения: 25.06.2018).

сударство принимает некоторые обязанности осужденного на себя;

- реализация конфискованного имущества должна производиться и в настоящее время по общему правилу проводится вне рамок исполнительного производства, определение судьбы имущества – право компетентного государственного органа, которым судебный исполнитель не является;

- включение в перечни обязательств периодических платежей фактически делает невозможной конфискацию имущества до истечения периода, на который эти платежи присуждены (следовало скорее говорить о наличии непогашенной задолженности, чем о текущих и будущих платежах);

- не определен характер ответственности государства: является ли оно основным должником по таким требованиям или ответственность носит субсидиарный характер.

Таким образом, современное законодательство также позволяет говорить, что конфискация имущества может служить основанием для правопреемства государства в отношении некоторых обязательств осужденного, хотя редакции ст. 35 УК РСФСР и ст. 34 УК БССР представляются значительно более удачными, чем ст. 80 Закона. Полагаем, что к ним необходимо вернуться, указав на субсидиарный характер обязанности государства, а также на ограничение его ответственности по долгам осужденного стоимостью конфискованного имущества.

Открытым остается и вопрос о сохранении ограничений/обременений на имущество. В советский период этот вопрос не имел существенного значения из-за неразвитости гражданского оборота. На современном этапе этот момент весьма важен как для определения объема правомочий государства как собственника конфискованной вещи, так и прав других лиц – несобственников, которые обычно не утрачиваются при смене собственника вещи, переходящей к новому владельцу, как бы обременяя его имущество. В этом случае действует правило римского частного права: «никто не может передать другому больше прав на вещь, чем имеет сам» (*nemo plus juris ad alienum transfere potest, quam ipse habet*) [10, с. 518]. В норме возникновение права на имущество у одного лица одновременно означает прекращение права на это имущество у другого лица, исключения связаны преимущественно со случаями уничтожения самого объекта [6, с. 35; 9, с. 241].

В гражданском праве наличие правопреемства при переходе права собственности на имущество традиционно связывается с делением оснований возникновения права собственности на первоначальные и производные. При этом отмечается, что

при первоначальных основаниях переход права собственности (и соответственно, обременений) не происходит, а при производных – происходит [1, с. 36, 283, 293; 3, с. 125–126; 9, с. 237; 10, с. 518 и др.]²⁰. Большинство авторов полагает, что конфискация является первоначальным способом приобретения права собственности, при котором переход права собственности (правопреемство), ограниченный/обременений не происходит [3, с. 128; 10, с. 515]. С такой позицией мы согласиться не можем.

Полагаем, что обычно при делении способов приобретения права собственности на первоначальные и производные происходит смешение двух критериев, заложенных в основу деления:

- предыдущее наличие права (например, [16, с. 4–5]), «зависимость от прав предшествующего собственника» (например, [10, с. 517]);

- наличие воли предыдущего собственника на переход права собственности (например, [1, с. 283, 293]).

И если, например, в первом случае конфискация должна быть отнесена к производным способам, то во втором – к первоначальным.

Внутренне противоречивой представляется позиция Д. М. Генкина, который, критикуя О. С. Иоффе, отмечал, что «основным критерием, характеризующим производные способы приобретения права собственности, является то, что право собственности приобретателя основывается на праве предыдущего собственника. Волевой же момент имеет место при производном приобретении права собственности, но не всегда» [3, с. 126]. Мы полностью согласны с этим утверждением. В то же время Д. М. Генкин относил конфискацию к первоначальным способам приобретения права собственности [3, с. 128], с чем мы согласиться не можем, так как очевидно, что при конфискации право собственности государства основано на праве собственности осужденного: государство не может приобрести право собственности на то имущество, которое ранее не принадлежало на праве собственности осужденному.

В настоящее время законодатель рассматривает конфискацию заложенного имущества как специальное основание договора о залоге (п. 2 ст. 335 ГК). В отношении сервитута (п. 1 ст. 269 ГК), договора аренды (п. 1 ст. 588 ГК) предусмотрено общее правило о том, что *переход права собственности на имущество к другому лицу* не является основанием для прекращения сервитута, изменения или расторжения договора аренды. В отношении договора ренты законодатель предусматривает переход обременения при отчуждении имущества по договору (п. 1 ст. 557 ГК), безвозмездного пользования (ссуды) *по договору* и при наследовании, реор-

²⁰По мнению Е. А. Суханова, современное законодательство не связывает какие-либо юридические последствия с делением способов приобретения на первоначальные и производные [5, с. 36].

ганизации, ликвидации (ст. 654 ГК), однако ничего не говорит о последствиях изъятия имущества при конфискации или по иным основаниям. Таким образом, законодательство не дает повода признать конфискацию первоначальным основанием приобретения права собственности.

Ввиду того, что при конфискации право собственности на имущество возникает не впервые, полагаем, что, если иное прямо не установлено законодательством, осуществляется переход прав и обязанностей собственника, ограничений/обременений имущества к государству.

Заключение

1. В соответствии с действующим законодательством конфискации подлежат исключительно объекты гражданских прав, принадлежащие должнику на праве собственности. Необходимо внести изменения в законодательство, которые позволили бы распространить конфискацию на иные виды объектов гражданских прав.

2. Право собственности должника на конфискуемое имущество прекращается при вступлении приговора в законную силу.

3. Конфискация является основанием для сингулярного правопреемства: ряд обязательств осужденного переходит к государству. Полагаем не-

удачной редакцию ст. 80 Закона. Следует вернуться к редакции, подобной закрепленной в ч. 5 и ч. 6 ст. 34 УК БССР, указав на дополнительный характер обязанности государства, а также на ограничение ответственности государства по долгам осужденного стоимостью конфискованного имущества.

По критерию более раннего наличия права собственности конфискация является производным способом его приобретения, а значит, в отношении конфискуемого имущества сохраняются ранее существовавшие ограничения/обременения, если иное не предусмотрено законодательством.

Библиографические ссылки

1. Иоффе ОС. Советское гражданское право. Ленинград: ЛГУ; 1958.
2. Черепяхин ББ. Правопреемство по советскому гражданскому праву. Москва: Госюридлит; 1962.
3. Генкин ДМ. Право собственности в СССР. Москва: Государственное издательство юридической литературы; 1961.
4. Корнеев СМ. Право государственной социалистической собственности в СССР. Москва: Издательство Московского университета; 1964.
5. Суханов ЕА. Лекции о праве собственности. Москва: Юридическая литература; 1991.
6. Скловский КИ. Собственность в гражданском праве. Москва: Дело; 2000.
7. Чельшева НЮ. Основания и способы приобретения права публичной собственности в России. Екатеринбург; 2008.
8. Бутаева ЭС. Прекращение права собственности помимо воли собственника. Краснодар; 2008.
9. Советское гражданское право. Том 1. Саратов: Издательство Саратовского университета; 1991.
10. Российское гражданское право. Том 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. Москва: Статут; 2010.
11. Пропостин АА. Конфискация имущества: прошлое, настоящее, будущее. Москва: Юрлитинформ; 2011.
12. Иванов ВН. Должна ли сохраняться конфискация имущества как вид уголовного наказания. *Советское государство и право*. 1958;9:100–101.
13. Шутов КН. Конфискация имущества в российском уголовном и уголовно-исполнительном законодательстве. Томск; 2000.
14. Протасовицкий СП. Субъективное право на долю в уставном фонде общества с ограниченной (дополнительной) ответственностью. *Научные чтения памяти профессора В. И. Семенкова: сборник материалов Республиканской научно-практической конференции с международным участием*. Минск: Четыре четверти; 2017. С. 320–323.
15. Шапель Н. Конфискация доменных мен как способ борьбы с нарушением авторского права. *Интеллектуальная собственность в Беларуси*. 2013;3:26–29.
16. Крашенинников ЕА. Приобретение гражданских прав. *Сборник статей памяти М. М. Агаркова*. Ярославль: ЯрГУ; 2007:4–9.

References

1. Ioffe OS. *Sovetskoe grazhdanskoe pravo* [Soviet civil law]. Leningrad: Leningrad State University; 1958. Russian.
2. Cherepakhin BB. *Pravopreemstvo po sovetskomu grazhdanskomu pravu* [Succession according to the Soviet civil law]. Moscow: Gosyuridlit; 1962. Russian.
3. Genkin DM. *Pravo sobstvennosti v SSSR* [Ownership in the USSR]. Moscow: State publishing house of legal literature; 1961. Russian.
4. Korneev SM. *Pravo gosudarstvennoi sotsialisticheskoi sobstvennosti v SSSR* [The right of state socialist property in the USSR]. Moscow: Publishing house of the Moscow University; 1964. Russian.
5. Sukhanov EA. *Leksii o prave sobstvennosti* [Lectures on the right of ownership]. Moscow: Legal literature; 1991. Russian.
6. Sklovskiy KI. *Sobstvennost' v grazhdanskom prave* [Ownership in Civil Law]. Moscow: Delo; 2000. Russian.

7. Chelysheva NY. *Osnovaniya i sposoby priobreteniya prava publichnoi sobstvennosti v Rossii* [Grounds and ways of acquiring the right of public property in Russia]. Ekaterinburg; 2008. Russian.
8. Butaeva ES. *Prekrashchenie prava sobstvennosti pomimo voli sobstvennika* [Termination of property rights despite of the will of the owner]. Krasnodar; 2008. Russian.
9. *Sovetskoe grazhdanskoe pravo* [Soviet civil law]. Volume 1. Saratov: Saratov University Press; 1991. Russian.
10. *Rossiiskoe grazhdanskoe pravo* [Russian civil law]. Volume 1: The general provisions. Property law. Inheritance law. Intellectual rights. Personal non-property rights. Moscow: Statute; 2010. Russian.
11. Propostin AA. *Konfiskatsiya imushchestva: proshloe, nastoyashchee, budushchee* [Confiscation of property: past, present, future]. Moscow: Yurlitinform; 2011. Russian.
12. Ivanov VN. *Dolzhna li sokhranyat'sya konfiskatsiya imushchestva kak vid ugovnogo nakazaniya* [Should the confiscation of property continue as a form of criminal punishment?]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* [Soviet state and law]. 1958;9:100–101. Russian.
13. Shutov KN. *Konfiskatsiya imushchestva v rossiiskom ugovnom I ugovno-ispolnitel'nom zakonodatel'stve* [Confiscation of property in the Russian criminal and penal-enforcement legislation]. Tomsk; 2000 Russian.
14. Protasovitskiy SP. Subjective right to the share in the statutory fund of the limited (additional) liability company. *Scientific readings of the memory of Professor V. I. Semenov*: collection of materials of the Republican science-practical conference. Minsk: Four quarters; 2017:320–323. Russian.
15. Shakel N. Confiscation of domain names as a way to combat copyright infringement. *Intellectual property in Belarus*. 2013;3:26–29. Russian.
16. Krashennikov EA. Acquisition of civil rights. *Collection of articles of memory in M. M. Agarkov's*. Yaroslavl: Yaroslavl State University; 2007:4–9. Russian.

Статья поступила в редколлегию 25.06.2018.
Received by editorial board 25.06.2018.

УДК 347.1

СОДЕРЖАНИЕ, ОБЪЕКТ И МОДЕЛИ ФИНАНСОВОГО ЧАСТНОГО ПРАВООТНОШЕНИЯ

С. П. ПРОТАСОВИЦКИЙ¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Исследуется содержание и объект финансового частного правоотношения. Отмечается, что существование финансовых частных правоотношений сводится к существованию частноправовых свойств их участников. Иначе говоря, данные свойства существуют в форме правоотношений, образуя содержание последних. Поскольку частноправовые свойства субъектов финансового частного правоотношения составляют его содержание, финансовое имущество (конкретное) есть объект данного правоотношения. Финансовых частных правоотношений без объекта не бывает. В зависимости от структурного типа отношений и вида финансового имущества выделяются модели финансового частного правоотношения, одна из которых – финансовое обязательство. Оно подвергнуто отдельному анализу. Финансовое обязательство – правоотношение, по содержанию которого одна сторона (должник) обязана предоставить в пользу другой стороны (кредитора) деньги, кредитные инструменты или акции, а кредитор вправе получить их.

Ключевые слова: содержание финансового частного правоотношения; объект финансового частного правоотношения; модели финансового частного правоотношения; финансовое обязательство; обязательство по оказанию финансовых услуг.

SUBSTANCE, OBJECT AND MODELS OF FINANCIAL PRIVATE LEGAL RELATIONSHIP

S. P. PRATASAVITSKI^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

Substance and object of financial private legal relationship is explored in the paper. It is noted that the existence of financial private legal relationships is brought to the existence of private-law attributes of their parties. In other words, these attributes exist in the form of legal relationship, forming the substance of the latter. Since the private-law attributes of the subjects of the financial private legal relationship constitute its substance, financial property (specific) is the object of this legal relationship. There is no financial private legal relationship without an object. Depending on a structural type of relationship and a kind of financial property, models of financial private legal relationship are stood out, one of which is a financial obligation. It is subjected to a separate analysis. A financial obligation is a legal relationship where one party (the debtor) is obliged to provide money, credit instruments or shares for the benefit of the other party (creditor), and the creditor is entitled to receive them.

Key words: substance of financial private legal relationship; object of financial private legal relationship; models of financial private legal relationship; financial obligation; obligation to provide financial services.

Образец цитирования:

Протасовицкий СП. Содержание, объект и модели финансового частного правоотношения. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2018;2: 54–63.

For citation:

Pratasavitski SP. Substance, object and models of financial private legal relationship. *Journal of Belarusian State University. Law.* 2018;2:54–63. Russian.

Автор:

Сергей Петрович Протасовицкий – кандидат юридических наук, доцент; доцент кафедры гражданского права юридического факультета.

Author:

Sergey P. Pratasavitski, PhD (law), docent; associate professor at the department of civil law, faculty of law.
sp@pershae.by

Введение

Финансовое частное правоотношение представляет собой связь субъектов частного права, детерминированную их частноправовыми свойствами, сопутствующими обладанию финансовым имуществом [1, с. 53]. Научное познание правоотношения не обходится без обсуждения его элементов и содержания. Однако, по наблюдению Н. Н. Алексеева, «учение об элементах правоотношения отнюдь не является научно построенной теорией, но довольно произвольным и искусственным конгломератом

понятий, выработавшихся постепенно в правовой практике и в догматической юриспруденции» [2, с. 137]. А «едва ли не самым спорным в общем учении о правоотношении, – отмечает О. С. Иоффе, – является вопрос об объекте правоотношения» [3, с. 677]. Особенности содержания и объекта финансового частного правоотношения определяют его модель. Следовательно, актуальность исследования содержания, объекта и моделей финансового частного правоотношения сомнений не вызывает.

Основная часть

Каждое юридическое отношение, с точки зрения Н. М. Коркунова, предполагает субъекта права, субъекта обязанности и объект. «Этими элементами и определяется структура юридических отношений» [4, с. 206]. Я. М. Магазинер считает иначе: «Ни субъект, ни объект не являются элементами правоотношения, а его предпосылками, наличными или возможными, но не составляющими существа правоотношения» [5, с. 233]. Элементами правоотношения он называет право и обязанность [5, с. 233].

Согласно О. С. Иоффе, субъективное право в единстве с соответствующей ему обязанностью составляют содержание правоотношения [3, с. 573–574]. На его взгляд, «взаимосвязь, существующая между правоотношением, с одной, и правомочиями и обязанностями, с другой стороны, обладает всеми признаками, которые характеризуют взаимную связь между определенным явлением и содержанием этого явления. Подобно тому, как всякое содержание вообще не может существовать вне определенной формы, а форма является всегда формой определенного содержания, – подобно этому правомочие и обязанность также не могут существовать вне правоотношения, а правоотношение, в свою очередь, существует лишь постольку, поскольку оно выражает собою правомочия и обязанности его участников» [3, с. 573].

Более сложную позицию занимает Ю. К. Толстой, полагая, что вопрос о содержании и форме правоотношений не может быть решен единообразно для правоотношений, опосредствующих экономические и идеологические отношения [7, с. 24]. «В экономическом отношении волевой процесс выступает в качестве формы, опосредствующей материальное содержание. Напротив, в правоотношении тот же волевой процесс образует содержание правоотношения» [7, с. 25]. В тех случаях, когда право регулирует идеологические отношения, волевой процесс является собой содержание указанных отношений, а идеологические отношения, в свою очередь, – содержание правоотношений [7, с. 26].

По мнению С. С. Алексеева, в правоотношении может быть выделено материальное и юридиче-

ское содержание. «Юридическое содержание правоотношения – это субъективные юридические права и обязанности, выражающие то специфическое, что свойственно правоотношению как особой идеологической форме фактических общественных отношений. Материальное содержание правоотношения – это то фактическое поведение, которое управомоченный может, а правообязанный должен совершить» [8, с. 112]. Подобное утверждает А. В. Мицкевич: «Содержание правоотношения состоит в правах и обязанностях его участников и в реальных действиях по их использованию и осуществлению» [9, с. 376].

Другой подход мы находим у В. А. Белова. Во-первых, «правоотношение представляет собой чисто идеальное понятие – категорию науки гражданского права, научную абстракцию, прием научного юридического исследования, если угодно, фикцию» [10, с. 463]. Во-вторых, «если правоотношение представляет собой исключительно правовую форму (рамку, модель, оценку) поведения участников фактического отношения (научную абстракцию, формулу, уравнение, конструкцию и т. п.), то ясно, что никакого иного “содержания”, кроме правового (юридического) у понятия правоотношения просто не может быть» [10, с. 469]. По его суждению, «в содержание всякого гражданского правоотношения входят минимум три элемента: 1) субъективное право определенного лица – управомоченного, 2) состояние бесправия всякого и каждого, исключая управомоченного, и 3) обязанность определенного лица или лиц, иных, чем лицо управомоченное» [10, с. 475].

Рассмотрение правоотношения в части его элементов и содержания зависит от решения вопроса об онтологическом статусе отношения, который формулируется примерно следующим образом: «если существуют предметы а и b, находящиеся между собой в отношении R, то существует ли само R и в каком смысле можно говорить, что R существует?» [11, с. 182–183].

Отношение между вещами объясняется их свойствами. Признав существование свойств, мы прием существование детерминированного ими от-

ношения. При этом мы должны признать существование свойств, если согласны с объективным существованием вещей [12, с. 43]. «Действительно, если материя существует объективно, помимо нашего сознания, то объективно существуют и части этой материи – вещи. Но вещь не существует вне своих свойств. Следовательно, из объективности вещей вытекает объективность их свойств» [12, с. 49].

Субъекты частного права существуют независимо от нашего сознания. Значит, их частноправовые свойства и, соответственно, финансовые частные правоотношения тоже существуют объективно. Тем самым мы отрицаем идеалистическое понимание правоотношений: они не «могут существовать лишь между фактами сознания и устанавливаться самим человеком» [12, с. 49].

Продолжая мысль, можем сказать, что существование финансовых частных правоотношений сводится к существованию частноправовых свойств их участников. Иначе говоря, данные свойства существуют в форме правоотношений, образуя содержание последних. В то же время частноправовое свойство не существует без своего носителя – субъекта частного права, что позволяет нам выделять субъектов финансовых частных правоотношений. По сути дела, субъект частного права, будучи системой существенных и иных свойств, входит в содержание правоотношения частью свойств. Но, называя его субъектом, а не элементом содержания правоотношения, мы имеем в виду носителя, а не систему свойств.

Финансовое частное правоотношение показывает текущее состояние его субъектов в контексте юридически возможного, необходимого и невозможного поведения в будущем. Поэтому в содержании правоотношения нет места фактическому поведению, которое всегда в настоящем. Фактическое поведение относится к области юридических фактов, влекущих возникновение и прекращение правоотношений.

Согласно Д. Д. Гримму, «объектами конкретных субъективных прав или вообще объектами конкретных юридических отношений могут быть только явления, доступные внешнему восприятию и внешнему воздействию» [13, с. 225–226]. «Единственными возможными объектами прав, – пишет он, – являются лица и так называемые телесные вещи, т. е. предметы внешней природы, заключенные в пространственные границы» [13, с. 237].

По мнению М. М. Агаркова, «было бы правильно считать объектами в гражданском праве лишь то, в отношении чего возможны акты распоряжения» [14, с. 30]. «Но нередко то, на что направлено действие, составляющее содержание обязанности должника, не имеет общего значения в области гражданского права. Соответствующие указания служат лишь для характеристики и определения содержа-

ния обязанности должника в данном обязательстве (или в данном виде обязательств)» [14, с. 30]. Как видим, М. М. Агарков допускает безобъектные правоотношения.

С точки зрения О. С. Иоффе, «у правоотношения должен быть не только юридический, но также идеологический и материальный объект» [3, с. 682]. «Юридическое содержание правоотношения образуют права и обязанности его субъектов, а юридическим объектом правоотношения будет то, на что эти права и обязанности направлены» [3, с. 682]. Так как субъективное право и обязанность направлены на поведение обязанного лица, оно «является объектом субъективных прав и обязанностей, а значит, и объектом правоотношения» [3, с. 682]. Идеологическим объектом правоотношения О. С. Иоффе называет волю участников правоотношения, а материальным – вещь [3, с. 682–683]. Вместе с тем он обращает внимание на одно обстоятельство: «У правоотношения может отсутствовать материальный объект, если его нет у регулируемого правом общественного отношения, но в то же время всякое правоотношение всегда имеет свой юридический объект – то поведение обязанного лица, на которое может притязать управомоченный» [3, с. 684–685]. Путем разграничения материального и юридического объектов О. С. Иоффе избавляется «от лишнего какого бы то ни было смысла вывода о возможности существования безобъектных правоотношений» [3, с. 685].

На взгляд Ю. К. Толстого, квалифицирующего правоотношение как посредствующее звено между нормой права и общественным отношением, норма права и правоотношение имеют один и тот же объект, каковым является фактическое общественное отношение [15, с. 35].

По утверждению В. А. Белова, «понятие объекта в праве и правоотношении (правового объекта) – не онтологическое и даже не гносеологическое, но чисто функциональное» [16, с. 58]. «Объекты гражданских правоотношений, – заключает он, – суть любые, функционально годные для этой роли субстанции, исключая субъектов и содержание правоотношений, а также юридические факты» [16, с. 77].

Мы уже отметили, что существование финансовых частных правоотношений сводится к существованию частноправовых свойств их участников. Частноправовое свойство не существует без своего носителя – субъекта частного права. В финансовом частном правоотношении оно сопутствует обладанию финансовым имуществом. Другими словами, частноправовое свойство субъекта финансового частного правоотношения всегда предполагает некое финансовое имущество. В контексте упомянутого свойства такое имущество выступает его объектом, например, объектом субъективного права. Поскольку частноправовые свойства субъектов финансового частного правоотношения образуют содержание последнего, финансовое имущество

(конкретное) составляет объект данного правоотношения. Финансовых частных правоотношений без объекта не бывает. Однако, соглашаясь с М. М. Агарковым, мы не исключаем такую возможность в иных правоотношениях.

Правовое регулирование финансовых частных отношений состоит в моделировании правоотно-

шений. Оно зависит от структурного типа отношений и вида финансового имущества.

Модели финансовых частных правоотношений, в которых обладателю финансового имущества корреспондирует каждый, кто не обладает этим конкретным имуществом (тип 1), мы представляем в табл. 1.

Таблица 1

Модели финансовых частных правоотношений первого типа

Table 1

The models of financial private legal relationship of the type 1

Тип 1	Частноправовое свойство обладателя	Финансовое имущество	Частноправовое свойство необладающего корреспондента
1.1.	Правоспособность + субъективное право	Деньги	Правоспособность
1.2.	Правоспособность + субъективное право	Кредитный инструмент	Правоспособность
1.3.	Правоспособность + субъективное право	Долевой инструмент	Правоспособность
1.4.	Правоспособность + субъективное право	Финансовое требование	Правоспособность
1.5.	Правоспособность + юридическая обязанность	Финансовый долг	Правоспособность

Финансовая частная правоспособность признается за всеми субъектами частного права, потому постоянно присутствует в финансовых частных правоотношениях.

В моделях 1.1–1.4 субъективное право обладателя означает юридическое господство над финансовым активом: собственник вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему финансового актива любые действия, не противоречащие законодательству, общественной пользе и безопасности, не наносящие вреда окружающей среде, историко-культурным ценностям и не ущемляющие прав и защищаемых законом интересов других лиц (ч. 1 п. 2 ст. 210 Гражданского кодекса Республики Беларусь, далее – ГК).

Субъективному праву обладателя корреспондирует ничего, кроме финансовой частной правоспособности необладающего лица. Подобное положение соответствует предложенной В. А. Беловым правовой форме – состоянию неправа (бесправия): «Неправо – это такое юридическое состояние определенного вполне правоспособного лица, которое характеризуется тем, что то или иное определенное субъективное гражданское право им не может быть осуществлено либо вовсе ему не принадлежит» [10, с. 441]. Отсутствие субъективного права на финансовый актив порождает некоторые запреты. К примеру, необладающему лицу запрещено принудительное изъятие финансового актива у собственника, кроме случаев, перечисленных в п. 2ст. 236 ГК.

Принимая во внимание принципы недопустимости произвольного вмешательства в частные дела (абз. 9 ч. 2 ст. 2 ГК) и беспрепятственного осуществления гражданских прав (абз. 10 ч. 2 ст. 2 ГК), не допускается создание собственнику препятствий в законной реализации его правомочий в отношении финансового актива, за исключением случаев, когда они создаются на основании правовых норм в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод других лиц.

Обладатель кредитного инструмента и финансового требования является не только собственником финансового актива, но и кредитором. Однако в моделях 1.2 и 1.4 ему противопоставлен не должник, а третье лицо, которому, помимо упомянутых запретов, правоспособность доставляет права в отношении кредитора. Например, «третье лицо, подвергающееся опасности утратить свое право на имущество должника ... вследствие обращения кредитором взыскания на это имущество, может за свой счет удовлетворить требование кредитора без согласия должника» (п. 2 ст. 294 ГК). В результате осуществления этого права третье лицо становится собственником и кредитором.

Обязанность в модели 1.5 указывает на юридическое обременение лица финансовым долгом. Поскольку в этом правоотношении мы абстрагируемся от финансового требования, корреспондентом должника здесь выступает не кредитор, а третье

лицо, которое, разумеется, не обязано по данному долгу: «обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц)» (ч. 1 п. 3 ст. 289 ГК). В рассматриваемой модели юридической обязанности должника противопоставлена лишь финансовая частная правоспособность необремененного третьего лица. Вместе с тем обязательство может создавать для

него права в отношении должника (ч. 2 п. 3 ст. 289 ГК). К примеру, третье лицо вправе получить исполнение по договору, заключенному в его пользу (п. 1 ст. 400 ГК).

Модели финансовых частных правоотношений, отражающие совместное обладание финансовым имуществом (тип 2), принимают вид, отраженный в табл. 2.

Таблица 2

Модели финансовых частных правоотношений второго типа

Table 2

The models of financial private legal relationship of the type 2

Тип 2	Частноправовое свойство обладателя	Финансовое имущество	Частноправовое свойство обладателя
2.1.	Правоспособность + субъективное право	Деньги	Правоспособность + субъективное право
2.2.	Правоспособность + субъективное право	Кредитный инструмент	Правоспособность + субъективное право
2.3.	Правоспособность + субъективное право	Долевой инструмент	Правоспособность + субъективное право
2.4.	Правоспособность + субъективное право	Финансовое требование	Правоспособность + субъективное право
2.5.	Правоспособность + юридическая обязанность	Финансовый долг	Правоспособность + юридическая обязанность
2.6.	Правоспособность + юридическая обязанность	Финансовое требование/ финансовый долг	Правоспособность + субъективное право

В моделях 2.1–2.4 субъективные права показывают юридическое господство над финансовым активом двух и более лиц. У каждого из них такие же правомочия, как в моделях 1.1–1.4. Однако совместное правообладание приводит в действие правила, ограничивающие эти правомочия необходимостью консенсуса: «распоряжение имуществом, находящимся в долевой собственности, осуществляется по соглашению всех его участников» (п. 1 ст. 249 ГК); «имущество, находящееся в долевой собственности, может быть разделено между ее участниками по соглашению между ними» (п. 1 ст. 255 ГК). Тем не менее «участник долевой собственности вправе требовать выдела своей доли из общего имущества» (п. 2 ст. 255 ГК).

Подобная идея воплощена в модели 2.5, где юридические обязанности свидетельствуют об общем долге двух и более лиц.

Одной из самых значимых моделей финансового частного правоотношения является, пожалуй, модель 2.6, в которой финансовое требование и долг выступают в единстве. Субъективному праву на осуществление финансового требования корреспондирует юридическая обязанность исполнить финансовый долг. В данном правоотношении она предписывает должнику предоставить деньги, кре-

дитные инструменты или акции в пользу кредитора, а упомянутое право позволяет получить эти активы за счет должника. В законодательстве и литературе такое правоотношение именуется обязательством.

«В силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т. п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности» (п. 1 ст. 288 ГК). Похожее определение содержится и в гражданском праве других стран Содружества Независимых Государств. Выделяются лишь дефиниции туркменского и молдавского законодателей. Сообразно с п. 1 ст. 330 Гражданского кодекса Туркменистана «в силу обязательства кредитор вправе требовать от должника совершения какого-либо действия. Исполнение обязательства может состоять и в том, что должник воздержится от совершения действия». По ч. 1 ст. 512 Гражданского кодекса Республики Молдова «в силу обязательственного отношения кредитор имеет право требовать от должника производства исполнения, а должник обязан произвести его. Исполнение может состоять в предоставлении чего-

либо, определенном действии или воздержании от определенного действия». В Молдове, видимо, восприняли немецкий опыт. В соответствии с ч. 1 § 241 Гражданского уложения Германии кредитор вправе требовать от должника совершить исполнение, которое может состоять в воздержании от действия. Заметим, что во многих странах романо-германской правовой семьи, а также в англо-американской правовой системе легальная формулировка обязательства отсутствует.

Различные подходы к обязательству мы наблюдаем в литературе. Одни авторы делают акцент на обязанности должника, другие – на праве кредитора.

Так, К. А. Неволин, рассуждая о существовании прав по обязательствам, считает, что оно «заключается в таком отношении между известными лицами, по которому одно из них обязано совершить для другого известное определенное действие, или в продолжении известного времени совершать для него известные определенные действия» [17, с. 1]. По мнению В. И. Голевинского, «обязательство (*obligatio*) есть юридическое отношение между двумя или более лицами, в силу которого для одного из этих лиц возникает юридическая необходимость что-либо дать, сделать, или не сделать в пользу другого лица» [18, с. 1]. На взгляд Г. Дербурга, «обязательствами называются такие правоотношения, которые состоят в обязанности должника исполнить в пользу кредитора определенное действие, обладающее имущественной ценностью» [19, с. 1]. С точки зрения Э. Годэмэ, обязательство – это «правовая связь, посредством которой одно лицо обязано в отношении другого к предоставлению, действию или воздержанию» [20, с. 18].

Согласно Д. И. Мейеру «обязательством (*obligatio*) называется юридическое отношение, в котором одному лицу принадлежит право на действие другого лица» [21, с. 440]. П. П. Цитович видит в обязательстве «такое юридическое (охраняемое иском и судом – *necessitas*) отношение между определенными лицами, в силу которого одно из них (кредитор) вправе требовать от другого (должника) совершения известного действия (*Handlung*) или воздержания от такового (*Unterlassung*)» [22, с. 4]. Подобное воззрение (право требовать) мы находим в работах М. М. Агаркова [14, с. 13], О. С. Иоффе [23, с. 54] и др. А. Г. Гойхбарг квалифицирует обязательство как «правоотношение, в силу которого кредитор имеет право на получение от должника определенного ценного в обороте блага, которое является результатом действия должника (или выполняющего вместо него органа) или воздержания должника от действия» [24, с. 146].

В понимании исследуемого явления мы исходим из того, что обязательство – это правоотношение. Существенными признаками, позволяющими

квалифицировать обязательство и отличить его от других правоотношений, являются:

- детерминанты связи сторон – субъективное право и обязанность;
- необходимое условие осуществления субъективного права – исполнение обязанности.

Любое обязательство предполагает исполнение. Однако указанный термин означает как процесс, так и его результат. В Гражданском уложении Германии применительно к исполнению используются два релевантных термина: *Leistung* и *Erfüllung*. Как объясняет К. Ф. фон Савиньи, «первое выражение обозначает преимущественно обязательственную деятельность должника; второе главным образом – результат, долженствующий произойти из обязательства, результат – необходимость и несомненность которого и составляет цель обязательства» [25, с. 8].

В ГК термин «исполнение» обычно сопровождается дополнением: исполнение обязанности, исполнение обязательства, исполнение договора и т. д., что характеризует данный термин как процесс. Но в ряде норм он сам выступает дополнением: произвести исполнение (ст. 147, 297, 388, 400), принять исполнение (ст. 293, 294, 308, 367, 376, 379), получить исполнение (ст. 300, 307), предоставить исполнение (ст. 309, 380). Тогда подразумевается результат процесса, который либо следует за процессом, либо наступает прямо в процессе. В первом случае результат очевиден и позволяет обоснованно судить о надлежащем исполнении. Во втором – его оценка может быть затруднена, что вынуждает ограничиться оценкой процесса: если он прошел в соответствии с условиями обязательства и требованиями законодательства, то результат признается надлежащим.

По пункту 1 ст. 288 ГК «кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности». Иначе говоря, кредитор вправе требовать от должника совершения действия. С таким правомочием в содержании обязательства сложно согласиться.

Во-первых, кредитора интересует не процесс, а его результат.

Во-вторых, что значит требовать совершения действия? Периодически напоминать о наличии обязательства и необходимости его исполнения? Представляется, что речь здесь идет о юридической возможности принуждения к исполнению. Но она возникает лишь по истечении срока исполнения обязательства. К тому же не всякое обязательство может быть принудительно исполнено.

Заметим, что согласно ст. 1341 Гражданского кодекса Франции в редакции Ордонанса № 2016-131 от 10 февраля 2016 г. «кредитор имеет право на исполнение обязательства»¹. В пояснении к разделу 6.1 книги 6 Гражданского кодекса Нидерландов обязательство определяется как правоотношение, в котором одно лицо (кредитор) имеет право на

¹Здесь и далее перевод наш. – С. П.

исполнение со стороны другого лица (должника). Согласно ст. 1.11 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА 2016 г. «термин “должник” означает сторону, которая должна исполнить обязательство, а термин “кредитор” – сторону, имеющую право на исполнение этого обязательства». По дефиниции европейского частного права, включенной в Проект общей справочной схемы (англ. *Draft Common Frame of Reference*), «кредитор – это лицо, которое имеет право на исполнение обязательства (денежного или неденежного) со стороны другого лица – должника» [26, с. 550].

Поведение должника, как видно из законодательства и суждений многих авторов, состоит в совершении действия либо в воздержании от его совершения. Мы думаем, что «отрицательная обязанность» выходит за пределы обязательства. Воздержание от совершения действия заключается в реализации безальтернативной возможности бездействия, т. е. запрета, а не обязанности – безальтернативной возможности действия. Потому в содержании такого правоотношения субъективному праву корреспондирует не обязанность, а договорный запрет. К тому же положительный эффект для кредитора наступит в результате исполнения обязанности должником, тогда как в рассматриваемом правоотношении управомоченная сторона изначально находится в желаемом состоянии, которое поддерживается соблюдением запрета другой стороной. В литературе высказываются иные доводы против обязательств с отрицательным содержанием. К примеру, В. А. Белов видит их проблему «в высочайшей технической сложности и абсолютной логической невозможности достичь определенности в описании действия, являющегося предметом воздержания (запрета)» [27, с. 207].

На основании изложенного предлагаем следующую формулировку: обязательство есть правоотношение, по содержанию которого одна сторона (должник) обязана совершить в пользу другой стороны (кредитора) определенное действие (предоставить или произвести исполнение), а кредитор вправе получить такое исполнение.

Под предоставлением исполнения мы понимаем передачу имущества, а выделяя производство исполнения, имеем в виду выполнение работы и оказание услуги. Еще К. А. Неволин писал: «Действия, которых одни лица могут иметь право требовать от других, могут быть весьма многообразны. Их можно, впрочем, привести к следующим двум главным разрядам: 1) действия, посредством которых один передает другому какие-либо предметы; 2) действия, ограничивающиеся понятием телесного или умственного труда» [17, с. 1]. Между тем получить исполнение – не что иное, как занять его результат без страха неосновательного обогащения. Право на получение нередко сопряжено с кредиторской обязанностью принять исполнение.

Таким образом, финансовое частное правоотношение по модели 2.6 представляет собой финансовое обязательство – правоотношение, по содержанию которого одна сторона (должник) обязана предоставить в пользу другой стороны (кредитора) деньги, кредитные инструменты или акции, а кредитор вправе получить их. Большинство финансовых обязательств являются денежными.

Денежное обязательство исполняется банковским (денежным) переводом или передачей валютных инструментов. Если же последние вызывают интерес к обладанию не вследствие удостоверения права на деньги, а по иной причине, то валютные инструменты становятся не способом, а предметом исполнения. Тогда обязательство считается неденежным: его объектом выступает не денежное, а вещное требование в единстве с долгом.

В силу абз. 8 ст. 1 Закона Республики Беларусь от 13 июля 2012 г. «Об экономической несостоятельности (банкротстве)» «денежное обязательство – обязанность уплатить кредитору определенную денежную сумму по гражданско-правовой сделке или иному основанию, установленному гражданским законодательством». Как видим, законодатель, пусть и для целей данного закона (абз. 1 ст. 1), отождествляет обязательство с обязанностью, с чем мы согласиться не можем. В то же время мы разделяем позицию Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь: «денежным обязательством является любое обязательство по уплате (возврату, выдаче и др.) денежной суммы (сумм)» (ч. 3 п. 1 постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 21 января 2004 г. № 1 «О некоторых вопросах применения норм Гражданского кодекса Республики Беларусь об ответственности за пользование чужими денежными средствами»).

При уяснении денежного обязательства, как верно отмечает М. А. Рожкова, мы должны смещать акцент в сторону его денежного характера [28, с. 21]. Согласно многим литературным источникам денежность обязательства проявляется в его предмете. Д. И. Мейер, например, в качестве такового приводит деньги [21, с. 467], П. П. Цитович – денежные суммы [22, с. 7], Л. А. Лунц – денежные знаки [29, с. 107]. Нечто подобное мы обнаруживаем у современных авторов. По мнению Д. В. Добрачева, «денежное обязательство – это правоотношение, в котором одно лицо, кредитор, вправе требовать от другого лица, должника, уплаты определенной или определенной денежной суммы, а должник обязан совершить платеж» [30, с. 6–7]. Полагаем, что денежный характер обязательству придают не денежные знаки (валютные инструменты), а деньги. Допускаем использование выражения «денежная сумма», поскольку оно подразумевает количество денег.

Денежное обязательство – это правоотношение, по содержанию которого одна сторона (должник)

обязана предоставить в пользу другой стороны (кредитора) деньги, а кредитор вправе получить их.

Обладание финансовыми активами и управление финансами часто обеспечивается оказанием финансовых услуг. Потому наряду с финансовыми частными правоотношениями существуют связанные с ними правоотношения по оказанию финансовых услуг.

Правоотношение по оказанию финансовых услуг – связь субъекта финансовых услуг с его контрагентом, детерминированная их частноправовыми свойствами, сопутствующими оказанию финансовых услуг.

По содержанию данного правоотношения одна сторона (должник – субъект финансовых услуг) обязана оказать другой стороне (кредитору) финансовую услугу, а кредитор вправе получить результат такой услуги. Иначе говоря, упомянутое правоотношение – это обязательство.

Так, «по кредитному договору банк или небанковская кредитно-финансовая организация (кредитодатель) обязуется предоставить денежные средства (кредит) другому лицу (кредитополучателю) <...>, а кредитополучатель обязуется возвратить полученную денежную сумму ...» (п. 1 ст. 771 ГК). Указанная норма вследствие заключения кредитного договора порождает два связанных обязательства:

- денежное обязательство: кредитодатель обязан предоставить кредитополучателю деньги (кредит), а кредитополучатель вправе получить их;
- обязательство по оказанию финансовых услуг: субъект банковской деятельности обязан оказать

клиенту банковскую кредитную услугу, а клиент вправе получить результат такой услуги.

С наступлением срока погашения кредита спутником обязательства по оказанию финансовых услуг становится уже другое денежное обязательство: кредитополучатель обязан предоставить кредитодателю деньги (возвратить кредит), а кредитодатель вправе получить их.

Обязательства по оказанию финансовых услуг могут быть связаны с любыми финансовыми частными правоотношениями, возникающими в процессе обладания финансовыми активами и управления финансами.

Понятие финансовых услуг включает в себе предпринимательскую деятельность специальных субъектов. Вместе с тем управление финансами возможно с помощью иных физических и юридических лиц. Так, граждане вправе без систематического получения прибыли хранить и (или) перемещать наличные деньги и документарные кредитные инструменты для других граждан. Коммерческие организации (за исключением унитарных предприятий) и индивидуальные предприниматели способны осуществлять доверительное управление долями в уставном фонде общества с ограниченной (дополнительной) ответственностью. Не будучи субъектами финансовых услуг, они оказывают услуги, подобные финансовым. При этом возникают правоотношения (обязательства), аналогичные правоотношениям (обязательствам) по оказанию финансовых услуг.

Заключение

Таким образом, содержание финансового частного правоотношения сводится к частноправовым свойствам его участников. Объектом данного правоотношения выступает финансовое имущество (конкретное). Финансовых частных правоотношений без объекта не существует.

Особенности содержания и объекта финансового частного правоотношения определяют два типа его моделей. В моделях первого типа обладателю финансового имущества корреспондирует каждый, кто не обладает этим конкретным имуществом. Модели второго типа отражают совместное обладание финансовым имуществом. Среди последних мы выделяем финансовое обязательство – правоотношение, по содержанию которого одна сторона (должник) обязана предоставить в пользу другой стороны (кредитора) деньги, кредитные инстру-

менты или акции, а кредитор вправе получить их. Большинство финансовых обязательств являются денежными.

Наряду с финансовыми частными правоотношениями существуют связанные с ними обязательства по оказанию финансовых услуг – правоотношения, по содержанию которых одна сторона (должник – субъект финансовых услуг) обязана оказать другой стороне (кредитору) финансовую услугу, а кредитор вправе получить результат такой услуги.

Управление финансами возможно с помощью физических и юридических лиц, не относящихся к субъектам финансовых услуг. Такие лица оказывают услуги, подобные финансовым. При этом возникают правоотношения (обязательства), аналогичные правоотношениям (обязательствам) по оказанию финансовых услуг.

Библиографические ссылки

1. Протасовицкий СП. Понятие финансового частного отношения (правоотношения). *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2017;2:50–53.
2. Алексеев НН. *Общее учение о праве.* Симферополь; 1919.
3. Иоффе ОС. Спорные вопросы учения о правоотношении. В: Иоффе ОС. *Избранные труды по гражданскому праву. Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права».* Москва: Статут; 2009.

4. Коркунов НМ. Лекции по общей теории права. Москва: РОССПЭН; 2010.
5. Магазинер ЯМ. Общая теория права на основе советского законодательства. В: Магазинер ЯМ. *Избранные труды по общей теории права*. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс; 2006.
6. Толстой ЮК. К теории правоотношения. Ленинград: Издательство Ленинградского университета; 1959.
7. Алексеев СС. Общая теория права. Том 2. Москва: Юридическая литература; 1982.
8. Нерсеянц ВС, редактор. Проблемы общей теории права и государства. Москва: Норма; 2004.
9. Белов ВА. Гражданское право. Том I. Общая часть. Введение в гражданское право. Москва: Юрайт; 2016.
10. Новоселов М, Гастев Ю. Отношение. В: *Философская энциклопедия*. Том 4. С. 182–184. Москва: Советская энциклопедия; 1967.
11. Уемов АИ. Вещи, свойства и отношения. Москва: Издательство АН СССР; 1963.
12. Гримм ДД. К учению об объектах прав. *Вестник гражданского права*. 2007;1:197–239.
13. Агарков ММ. Обязательство по советскому гражданскому праву. Москва: Юридическое издательство НКЮ СССР; 1940.
14. Толстой ЮК. Еще раз о правоотношении. *Правоведение*. 1969;1:32–36.
15. Белов ВА. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота. В: *Объекты гражданского оборота: сборник статей*. Москва: Статут; 2007. с. 6–77.
16. Неволин КА. История российских гражданских законов. Том 3. Книга вторая об имуществах. Раздел третий о правах на действия лиц и раздел четвертый о наследстве. Санкт-Петербург; 1851.
17. Голевинский ВИ. О происхождении и делении обязательств. Варшава; 1872.
18. Дербург Г. Обязательственное право. Москва; 1911.
19. Годэмэ Е. Общая теория обязательств. Москва: Юриздат; 1948.
20. Мейер ДИ. Русское гражданское право: в 2 частях. Москва: Статут; 2003.
21. Цитович ПП. Обязательства по русскому гражданскому праву. Киев; 1894.
22. Иоффе ОС. Общее учение об обязательствах. В: Иоффе ОС. *Избранные труды. Том III. Обязательственное право*. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс; 2004. с. 51–832.
23. Гойхбарг АГ. Хозяйственное право Р.С.Ф.С.Р. Москва: Госиздат; 1924.
24. Савиньи ФК. Обязательственное право. Москва; 1876.
25. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR): Outline Edition Munich: Sellier. European Law Publishers GmbH; 2009.
26. Белов ВА. Проблемы общего учения об обязательствах. В: Белов ВА, редактор. *Гражданское право. Актуальные проблемы теории и практики*. Том 2. Москва: Юрайт; 2017.
27. Рожкова МА. О круге денежных обязательств, значимых для определения наличия признаков банкротства. *Корпоративный юрист*. 2009;4:20–24.
28. Лунц ЛА. Деньги и денежные обязательства. Юридическое исследование. В: Лунц ЛА. *Деньги и денежные обязательства в гражданском праве*. Москва: Статут; 2004. с. 25–146.
29. Добрачев ДВ. Денежные обязательства: тенденции развития доктрины и судебной практики. Москва: Инфотрипик Медиа; 2015.

References

1. Pratasovitski SP. Concept of financial private (legal) relationship. *Journal of the Belarusian State University. Law*. 2017;2:50–53. Russian.
2. Alekseev NN. *Obshchee uchenie o prave* [General doctrine of law]. Simferopol; 1919. Russian.
3. Ioffe OS. Controversial matters of the doctrine of legal relationship. In: Ioffe OS. *Izbrannye trudy po grazhdanskomu pravu. Iz istorii tsivilisticheskoi mysli. Grazhdanskoe pravootnoshenie. Kritika teorii «khozyaistvennogo prava»* [Selected works on civil law. From the history of civil-law thoughts. Civil legal relationship. Criticism of the theory of «Economic Law»]. Moscow: Statut; 2009. Russian.
4. Korkunov NM. *Lektsii po obshchei teorii prava* [Lectures on general theory of law]. Moscow: ROSSPEN; 2010. Russian.
5. Magazinera YaM. *Obshchaya teoriya prava na osnove sovet'skogo zakonodatel'stva* [General theory of law based on the soviet legislation]. In: Magazinera YaM. *Selected Works on General Theory of Law*. Saint Petersburg: Juridical Centre Press; 2006. Russian.
6. Tolstoy YuK. *K teorii pravootnosheniya* [On Theory of Legal Relationship]. Leningrad: Publishing house of Leningrad University; 1959 Russian.
7. Alekseev SS. *Obshchaya teoriya prava* [General theory of law]. Volume 2. Moscow; 1982. Russian.
8. Nerseyanets VS, editor. *Problemy obshchei teorii prava i gosudarstva* [Problems in general theory of law and state]. Moscow: Norma; 2004. Russian.
9. Belov VA. *Grazhdanskoe pravo* [Civil law]. Volume I. Moscow; 2016. Russian.
10. Novoselov M, Gasteve Yu. Relationship. In: *Philosophical encyclopedia*. Volume 4. Moscow; 1967:182–184. Russian.
11. Uemov AI. *Veshchi, svoystva i otnosheniya* [Things, attributes and relationship]. Moscow: Publishing house of the academy of the USSR; 1963. Russian.
12. Grimm DD. On the doctrine of objects of rights. *Civil Law Review*. 2007;1:197–239. Russian.
13. Agarkov MM. *Obyazatel'stvo po sovet'skomu grazhdanskomu pravu* [Obligation under Soviet civil law]. Moscow: Juridicheskoe Izdatel'stvo NKYu SSSR; 1940. Russian.
14. Tolstoy YuK. Once again about legal relationship. *Pravovedenie*. 1969;1:32–36. Russian.
15. Belov VA. Ob'ekt sub'ektivnogo grazhdanskogo prava, ob'ekt grazhdanskogo pravootnosheniya i ob'ekt grazhdanskogo oborota [Object of civil right, object of civil legal relationship and object of civil turnover]. In: *Objects of Civil Turnover: collection of articles*. Moscow: Statut; 2007. p. 6–77. Russian.
16. Nevolin KA. *Istoriya rossiiskikh grazhdanskikh zakonov* [The history of Russian civil laws]. Volume 3. Saint Petersburg; 1851. Russian.

17. Golevinskii VI. *O proiskhozhdenii i delenii obyazatel'stv* [On origin and division of obligations]. Warsaw; 1872. Russian.
18. Dernburg H. *Obyazatel'stvennoe pravo* [Obligation law]. Moscow; 1911. Russian.
19. Godeme E. *Obshchaya teoriya obyazatel'stv* [General theory of obligations]. Moscow: Yurizdat; 1948. Russian.
20. Meier DI. *Russkoe grazhdanskoe pravo* [Russian civil law]. Moscow; 2003. Russian.
21. Tsitovich PP. *Obyazatel'stva po russkomu grazhdanskomu pravu* [Obligations under Russian Civil Law]. Kiev; 1894. Russian.
22. Ioffe OS. General Doctrine on Obligations. In: Ioffe OS. *Selected Works. Volume III*. Saint Petersburg: Yuridicheskii tsentr Press; 2004. p. 51–832. Russian.
23. Goikhbarg AG. *Khozyaistvennoe pravo R.S.F.S.R.* [Economic Law of RSFSR]. Moscow: Gosizdat; 1924. Russian.
24. Savigny FC. *Obyazatel'stvennoe pravo* [Obligation Law]. Moscow; 1876. Russian.
25. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Munich. Sellier. European Law Publishers GmbH; 2009.
26. Belov VA. *Problemy obshchego ucheniya ob obyazatel'stvakh* [Problems of general doctrine of obligations]. In: Belov VA, editor. *Civil law. Actual problems of theory and practice*. Volume 2. Moscow: Yurait; 2017. Russian.
27. Rozhkova MA. On the circle of monetary obligations significant for finding the presence of signs of bankruptcy. *Korporativnyi yurist*. 2009;4:20–24. Russian.
28. Lunts LA. Den'gi i denezhnye obyazatel'stva. Yuridicheskoe issledovanie [Money and monetary obligations. Legal research]. In: Lunts LA. *Money and monetary obligations in civil law*. Moscow: Statut; 2004. p. 25–146. Russian.
29. Dobrachev DV. *Denezhnye obyazatel'stva: tendentsii razvitiya doktriny i sudebnoi praktiki* [Monetary obligations: trends in development of doctrine and judicial practice]. Moscow: Infotropie Media; 2015. Russian.

Статья поступила в редколлегию 28.03.2018.
Received by editorial board 28.03.2018.

УДК 349.41:347.98(476)

О СПЕЦИФИКЕ ЗЕМЕЛЬНЫХ СПОРОВ И НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ ИХ ПОДВЕДОМСТВЕННОСТИ СУДАМ

В. П. СКОБЕЛЕВ¹⁾, И. С. ШАХРАЙ¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Анализируется материально-правовая специфика земельных споров, некоторые причины их возникновения, обусловленные историческими особенностями становления и развития земельного законодательства Республики Беларусь и практики его применения. Уделяется внимание также проблемам подведомственности земельных споров судам, в частности, споров о нарушении границ земельных участков и дел об установлении давности владения земельными участками. Сделаны некоторые рекомендации по совершенствованию отечественной правоприменительной практики.

Ключевые слова: земельные споры; материальные и процессуальные особенности земельных споров; подведомственность земельных споров; гражданское судопроизводство; нарушение границ земельного участка; давность владения земельным участком.

Благодарность. Данная статья подготовлена при финансовой поддержке Белорусского республиканского фонда фундаментальных исследований.

ON THE SPECIFICS OF LAND DISPUTES AND PROBLEMS OF THEIR JURISDICTION

V. P. SKOBELEV^a, I. S. SHAKHRAY^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

Corresponding author: V. P. Skobelev (s_v_p@tut.by)

The article analyzes the land disputes specificity based on material norms, some reasons for their emergence, conditioned by historical peculiarities of the formation and development of the land legislation of the Republic of Belarus and the practice of its application. Attention is also paid to the problems of jurisdiction of land disputes to courts, in particular, disputes over the violation of the boundaries of land plots and cases on establishing the long possession period for land plots. On this basis, some recommendations have been made to improve domestic law enforcement practice.

Key words: land disputes; material and procedural features of land disputes; jurisdiction of land disputes; civil legal proceedings; violation of the boundaries of the land plot; long possession period of land plots.

Acknowledgements. This article was prepared with the financial support of the Belarussian Republican Foundation for Basic Research.

Образец цитирования:

Скобелев ВП, Шахрай ИС. О специфике земельных споров и некоторых проблемах их подведомственности судам. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2018;2:64–77.

For citation:

Skobelev VP, Shakhray IS. On the specifics of land disputes and problems of their jurisdiction. *Journal of Belarusian State University. Law.* 2018;2:64–77. Russian.

Авторы:

Владимир Петрович Скобелев – кандидат юридических наук, доцент; доцент кафедры гражданского процесса и трудового права юридического факультета.

Ирина Сергеевна Шахрай – кандидат юридических наук, доцент; доцент кафедры экологического и аграрного права юридического факультета.

Authors:

Vladimir P. Skobelev, PhD (law), docent; associate professor at the department of civil process and labour law, faculty of law.

s_v_p@tut.by
Irina S. Shakhray, PhD (law), docent; associate professor at the department of environmental and agricultural law, faculty of law.
Shis@mail.ru

Введение

Сложность земельных споров, их содержание, субъектный состав, а также совокупность способов разрешения (урегулирования) обусловлены особенностями земельных отношений, в том числе характеристиками самой земли, которая является одновременно природным ресурсом и недвижимым имуществом. Статья 1 Кодекса Республики Беларусь о земле от 23 июля 2008 г. № 425-З (далее – КоЗ) закрепляет широкую трактовку земельного спора как любого неразрешенного конфликта между субъектами земельных отношений, не указывая при этом «на содержание и характер отношений, по поводу которых могут возникать такие конфликты» [1, с. 35]. Связано это с тем, что земельные отношения отличаются большим разнообразием (согласно ст. 1 КоЗ к ним относятся отношения, связанные с созданием, изменением, прекращением существования земельных участков, возникновением, переходом, прекращением прав, ограничений (обременений) прав на земельные участки, а также с использованием и охраной земель, земельных участков), которое невозможно отразить на уровне законодательной дефиниции.

Встречающиеся в правоприменительной практике земельные споры можно классифицировать по разным критериям – предметному признаку, субъектному составу, порядку разрешения и иным. Причем такие споры могут возникать на любом

этапе существования земельных отношений – на стадии возникновения либо прекращения прав на земельные участки, в связи с защитой субъективных прав землепользователей, а также государственных интересов в рассматриваемой сфере. Каждому из видов споров свойственна своя материально-правовая специфика, которая в свою очередь обуславливает процессуальные особенности рассмотрения и разрешения судами данных дел. Процессуальные особенности охватывают вопросы соотношения судебной и административной подведомственности земельных споров, сложности в осуществлении доказывания юридически значимых фактов, необходимость использования специальных познаний сведущих лиц и др.

Вследствие всего вышесказанного проблемы разрешения земельных споров постоянно находились в фокусе пристального внимания советской [2–4] и современной [5–10] земельно-правовой науки, науки гражданского процессуального права [11–14], являлись предметом межотраслевых доктринальных исследований [1, с. 35–58; 15; 16], а также анализа со стороны практических работников [17–22]. Вместе с тем динамичное развитие земельных отношений свидетельствует о значимости и необходимости проведения дальнейшего научного изучения материально-правовой специфики земельных споров и механизмов их разрешения (урегулирования).

Основная часть

Характерная для современного этапа структура (виды и соотношение) земельных споров, рассматриваемых судами и исполнительными комитетами, в значительной степени обусловлена историческими факторами; сформировавшейся к настоящему времени системой прав на земельные участки (в числе которых по-прежнему преобладают права, основанные на государственной собственности) и условий их предоставления; вовлечением земельных участков в гражданский оборот с сохранением публично-правовой направленности земельно-правового регулирования.

К историческим причинам возникновения ряда земельных споров можно отнести неоднократное изменение земельного законодательства, происходившее и на протяжении советского периода, и после обретения Республикой Беларусь независимости; различие существовавшей в разные годы практики разработки проектов отвода, подготовки планово-графических материалов и установления границ земельных участков на местности; наличие значительного числа землепользователей, у которых отсутствуют документы на землю, но которым при этом земельные участки были предоставлены правомерно, и т. п.

Следует отметить, что до 1 февраля 2006 г. (момента вступления в силу подпункта 1.2 Указа Президента Республики Беларусь от 28 января 2006 г. № 58 «О некоторых вопросах изъятия и предоставления земельных участков», предусмотревшего, что право на земельный участок возникает с момента его государственной регистрации в организации по государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним и удостоверяется свидетельством (удостоверением) о государственной регистрации) права на земельные участки удостоверялись государственными актами либо удостоверениями на право временного пользования, которые выдавались исполнительными и распорядительными органами (ст. 17, 18 Земельного кодекса БССР от 24 декабря 1970 г.; ст. 21, 22 Кодекса Республики Беларусь о земле от 11 декабря 1990 г.; ст. 31 Кодекса Республики Беларусь о земле от 4 января 1999 г.). При этом не предусматривалось юридических последствий неполучения указанных документов. Например, согласно ст. 30 Кодекса о земле 1999 г. отсутствие документов на земельные участки, предоставленные гражданам Республики Беларусь для строительства и обслуживания жилого дома, ведения личного подсобного

хозяйства до принятия данного кодекса, не препятствовало дальнейшему использованию земли «до получения документов, удостоверяющих право на пользование, право на пожизненное наследуемое владение этими участками»; исполнительный комитет мог разрешить использование и вновь предоставленных земельных участков до выдачи правоудостоверяющего документа при условии определения границ земельного участка на местности. Эти обстоятельства в настоящее время являются причиной возникновения значительного числа земельных споров (в том числе о признании права на земельный участок, владение которым осуществляется в течение длительного времени; в порядке наследования [23, с. 30]), а также существенно затрудняют их разрешение по существу, так как доказать по истечении значительного периода времени факт предоставления земельного участка, вид предоставленного права, условия предоставления и тому подобные обстоятельства не всегда возможно.

Несмотря на то, что система государственной регистрации недвижимости функционирует уже продолжительное время, в Единый государственный регистр недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним (ЕГРНИ) пока включены сведения далеко не обо всех земельных участках, что также нередко вызывает практические сложности при определении объекта и содержания прав на землю. В Республике Беларусь проводится работа по наполнению указанного регистра путем перенесения в него информации, содержащейся в организациях, ранее занимавшихся государственной регистрацией и учетом недвижимости, а также переводу данных регистрационных дел, сформированных уже в рамках ЕГРНИ, в цифровую форму [24], однако наличие как зарегистрированных, так и незарегистрированных земельных участков и расположенных на них объектов недвижимого имущества также может являться одной из причин возникновения споров (в том числе в связи с допущением ошибок при формировании земельных участков [23, с. 35], осуществлением повторной регистрации ранее зарегистрированных объектов, сведения о которых не были внесены в электронную базу данных ЕГРНИ [25, с. 37–38]).

Ряд материальных (и сопутствующих им процессуальных) особенностей земельных споров обусловлен сложным субъектным составом земельных правоотношений, наличием многоступенчатых процедур предоставления земельных участков, на разных стадиях которых могут приниматься различные по содержанию административные акты, имеющие характер промежуточных. Например, несмотря на неоднократное изменение земельного законодательства, начиная с 1970-х годов процедура предоставления земельных участков в ад-

министративном порядке была сходной и включала разработку проекта отвода, принятие решения исполкомом (Советом депутатов), установление границ земельных участков на местности, выдачу правоудостоверяющего документа. Таким образом, предусматривалось наличие у земельных участков юридических границ (отраженных в планах, являющихся составной частью проекта отвода, решений о предоставлении, государственных актах на землю), а также фактических границ, закрепленных на местности (что подтверждалось актом установления границ, включаемым в землеустроительное дело). Исходя из положений ст. 1 КоЗ, ст. 1 Закона Республики Беларусь от 22 июля 2002 г. № 133-З «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним» (далее – Закон «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним»), граница и целевое назначение являются индивидуализирующими признаками земельного участка. Однако на практике границы ранее предоставленных земельных участков на местности могут отсутствовать (например, если земельный участок был выделен в установленном порядке, решение о его предоставлении принято, но процедура предоставления не завершена; при установлении нефиксированной границы земельного участка; в связи с утратой межевых знаков).

Изменение требований и развитие методик установления границ земельных участков на местности, допускаемые при этом нарушения, а также отсутствие должного контроля в сфере земельных отношений (не секрет, что граждане нередко самостоятельно «переносили» границы своих участков) привело к тому, что зачастую фактические границы существенно отличаются от закрепленных в правоудостоверяющих документах. В ряде случаев на основании имеющихся документов вообще сложно определить юридические границы участка. Так, в документах, выданных до 1990-х гг. встречаются планы земельных участков без четких размеров и привязки к местности [26, с. 53], что характерно, в первую очередь, для споров по поводу земельных участков в садоводческих товариществах [23, с. 36]. Все это не только является причиной споров, но и затрудняет выяснение обстоятельств дела либо делает практически невозможным разрешение спора по существу, а также обуславливает ряд процессуальных проблем при их рассмотрении судами.

Следует отметить, что множественность субъектов, характерная для споров, связанных с реализацией прав на землю, обусловлена в том числе наличием у земельного участка нескольких границ, а следовательно – и нескольких смежных землепользователей, интересы которых могут затрагиваться [2, с. 21]. В целях защиты интересов таких субъектов законодательством закрепляется необ-

ходимость присутствия при установлении границы земельного участка на местности смежных землепользователей (за исключением предусмотренных случаев) и подписание ими акта об ознакомлении заинтересованных сторон с установленной, восстановленной границей (п. 37–38 Инструкции о порядке деления, слияния земельных участков и проведении работ по установлению (восстановлению) и закреплению границы земельного участка, а также по изменению границы земельного участка, утвержденной постановлением Государственного комитета по имуществу Республики Беларусь от 30 сентября 2016 г. № 18 (далее – Инструкция № 18).

Указанное требование должно соблюдаться как при формировании вновь предоставляемых земельных участков, так и в случаях оформления документов в соответствии с действующим законодательством на ранее предоставленные земельные участки. Так, согласно п. 58 Положения о порядке изъятия и предоставления земельных участков, утвержденного Указом Президента Республики Беларусь от 27 декабря 2007 г. № 667 (далее – Положение о порядке изъятия и предоставления земельных участков), для государственной регистрации используемого гражданином на законном основании земельного участка и возникновения права на него, необходимо обращение в местный исполнительный комитет по месту нахождения этого участка с заявлением, на основании которого организация по землеустройству устанавливает границы земельного участка на местности по фактическому пользованию с учетом правоудостоверяющих документов, выданных смежным землепользователям. В случае отказа от подписания акта смежными землепользователями дальнейшие работы по установлению границы земельного участка на местности приостанавливаются (тогда в акте делается соответствующая отметка) и возобновляются со дня принятия решения о разрешении возникшего земельного спора в порядке, установленном законодательными актами, если оно не было обжаловано; в случае непоступления к исполнителю работ в течение двух месяцев со дня совершения названной отметки вступившего в силу решения (постановления) о разрешении возникшего земельного спора дальнейшие работы по установлению фиксированной границы земельного участка прекращаются (п. 41, 42 Инструкции № 18).

Еще в советский период автором одной из ключевых работ, посвященных исследованию проблем разрешения земельных споров – И. А. Иконицкой – указывалось, что специфика права землепользования и возникающих для его защиты споров проявляется в существовании единого сложного правоотношения, состоящего из «двух рядов правоотношений: а) землепользователь и государство; б) землепользователь и иные субъекты права» [2, с. 17, 22]. Данный

вывод не утратил актуальность и в настоящее время, несмотря на появление в Республике Беларусь новых прав на землю (право частной собственности, пожизненного наследуемого владения, аренды, субаренды), формирование оборота земельных участков и конкурентных механизмов распределения земель государством (на аукционах). Земельные отношения сохраняют публичный характер даже при развитии диспозитивности, в том числе в связи с вовлечением земельных участков в гражданский оборот.

Следовательно, для земельных споров характерно обязательное присутствие публично-правового элемента. Например, в судебной практике широко распространены споры, причина возникновения которых лежит в нарушениях, допущенных организациями по землеустройству при установлении границ земельного участка на местности, которое осуществляется в рамках закрепленной законодательством процедуры (например, в случае нарушения прав смежных землепользователей в результате неознакомления их с установленными границами [23, с. 34]), хотя по сути данный конфликт по поводу границ возникает между смежными землепользователями. Разрешение таких споров нередко влечет отмену принятых ранее управленческих решений (решения об изъятии и предоставлении земельного участка, государственной регистрации); при этом возникают проблемы с выбором вида гражданского судопроизводства для рассмотрения таких конфликтов – искового производства или производства по делам, возникающим из административно-правовых отношений.

Развитие механизма государственной регистрации земельных участков и иного недвижимого имущества (как юридического акта признания и подтверждения государством создания, изменения, прекращения существования указанных объектов, возникновения, изменения, прекращения прав, ограничений (обременений) прав на них, сделок с ними) также является важным фактором, влияющим на характер спора, субъектный состав и даже порядок его разрешения. Так, если удовлетворение требования, адресованного смежному землепользователю, об устранении препятствий в осуществлении права на зарегистрированный земельный участок связано с необходимостью внесения изменений в землеустроительную документацию в части определения границ земельного участка, то разрешение первого требования возможно лишь с отменой государственной регистрации земельного участка, прав на него, а значит, допустимо только в судебном порядке (что следует из ст. 101 Закона «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним»).

Рассмотренная выше материально-правовая специфика земельных споров обуславливает ряд процессуальных особенностей их рассмотрения и раз-

решения. Поскольку таких особенностей достаточно много, в первую очередь хотелось бы обратить внимание на те из них, которые имеют отношение к правилам судебной подведомственности. В части 2 п. 15 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 22 декабря 2011 г. № 9 «О практике рассмотрения судами земельных споров» (далее – постановление № 9) закреплено разъяснение следующего содержания: «Суду неподведомственны споры об установлении границ земельных участков, если при предоставлении этих земельных участков их границы на местности не устанавливались». Оправданность подобного разъяснения вызывает большие сомнения.

Во-первых, оно не согласуется с положениями ст. 92 КоЗ, п. 1 ч. 1 ст. 37 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь от 11 января 1999 г. (далее – ГПК), по смыслу которых судам подведомственны любые споры, вытекающие из земельных правоотношений. Во-вторых, Верховный Суд сослался на довольно нетипичную для судебной практики категорию дел – об установлении границ земельных участков; в реальной жизни исковые заявления по земельным спорам не содержат требований именно в виде формулировки «прошу установить границы земельного участка». В-третьих, не понятны причины, по которым суды не могут рассматривать споры об установлении границ земельных участков. Фраза «если при предоставлении этих земельных участков их границы на местности не устанавливались» является весьма абстрактной и ясности в вопросе ничуть не добавляет. Кроме того, было бы логично включить в разъяснение указание на тот юрисдикционный орган, который, по мнению Верховного Суда, компетентен рассматривать (вместо суда) соответствующие споры. В-четвертых, правило ч. 2 п. 15 постановления № 9 таит в себе внутреннее противоречие. Ведь рассуждая от противного, получаем, что если при предоставлении земельных участков их границы на местности были установлены, то споры об установлении границ земельных участков судам подведомственны. Однако в такой ситуации нужно говорить о спорах не об установлении границ земельных участков (ведь границы уже установлены), а о нарушении при установлении этих границ определенных прав (интересов) лиц в области земельных правоотношений.

Обычно понять содержание постановлений Пленума Верховного Суда Республики Беларусь помогают сопровождающие их официальные обзоры судебной практики по аналогичной тематике: в таких обзорах высшая судебная инстанция страны объясняет мотивы и смысл сделанных ею

разъяснений, а также включает в них правоположения, которые по тем или иным причинам она не решила закрепить на уровне постановлений Пленума. В подготовленном Верховным Судом обзоре судебной практики о применении судами земельного законодательства к правилу ч. 2 п. 15 постановления № 9 имеет отношение, насколько мы поняли, следующий текст: «Изучение показало, что суды обоснованно отказывали в удовлетворении требований об установлении и закреплении границы землепользования, если границы земельных участков на местности соответствующими компетентными органами ранее не устанавливались, поскольку установление границ к компетенции суда не относится» [23, с. 33–34]. Как видим, здесь опять упоминаются нехарактерные для исковых заявлений по земельным спорам требования – об установлении и закреплении границы землепользования, причем присутствует очень существенное противоречие: ведь если установление границ земельных участков к компетенции судов не относится (а это действительно так, так как определением границ земельных участков на местности занимаются организации по землеустройству), то суду, по нашему мнению, нужно отказывать не в удовлетворении требований (как это полагает Верховный Суд), а в их рассмотрении (п. 1 ст. 245 ГПК).

Сказанное наводит на мысль, что высшая судебная инстанция подразумевала все-таки какой-то иной случай, нежели изначальное предъявление заинтересованным лицом иска об установлении и закреплении границы земельного участка. Полагаем, что ситуацию проясняет следующий абзац упомянутого выше обзора судебной практики: «Вместе с тем, если граница между земельными участками соседних землепользователей устанавливалась, но впоследствии была нарушена, споры о восстановлении границы судам подведомственны» [23, с. 34]. Думается, что в предыдущем абзаце обзора судебной практики, а также в ч. 2 п. 15 постановления № 9 Верховный Суд имел в виду именно споры о восстановлении (вследствие нарушения) границ земельных участков¹ и хотел выразить ту мысль, что если границы земельного участка на местности компетентными организациями установлены не были, то суд не вправе делать вывод о месте прохождения границы земельного участка (т. е. фактически устанавливать данную границу) и, следовательно, не может констатировать нарушение этой границы и вытекающего отсюда нарушения прав землепользователя, а должен всегда отказывать в удовлетворении заявленного землепользователем иска. Сделанный нами вывод подтверждает и другой фрагмент обзора судебной

¹Подобные споры инициируются в суде путем предъявления исков о признании недействительной государственной регистрации земельного участка и прав на него и (или) устранении препятствий в осуществлении права на земельный участок.

практики, где Верховный Суд одобряет сформировавшийся при разрешении дел об устранении препятствий в осуществлении прав на земельные участки подход, согласно которому «суды отказывали в удовлетворении иска при отсутствии доказательств о первоначально установленных границах спорного земельного участка и, соответственно, невозможности сделать точный вывод о нарушениях ответчиком этих границ» [23, с. 35–36]. Более того, в одном месте обзора практики Верховный Суд прямо называет дела, возбуждаемые по искам о признании недействительной государственной регистрации земельного участка и прав на него, спорами об установлении границ земельных участков [23, с. 34].

Однако даже с учетом приведенных поправок и уточнений отстаиваемая Верховным Судом идея не вызывает одобрения. Прежде всего, стоит заметить, что отсутствие закрепления границ земельного участка на местности компетентной организацией само по себе еще не говорит о том, что суд ни в каком случае не сможет удовлетворить иск, направленный на восстановление границ землепользования. Например, иногда изучение одной только документации (земельно-кадастровой и прочей) позволяет с очевидностью установить, что один (недавно созданный) земельный участок «наслаивается» на другой (ранее предоставленный). В такой ситуации у суда нет оснований для того, чтобы не удовлетворить иск заинтересованного лица о признании недействительной государственной регистрации вновь созданного земельного участка и возникновения права на него. Вместе с тем чаще всего нарушения границ земельных участков по своему характеру таковы (в частности, связаны с неправомерными действиями соседних землепользователей), что их невозможно выявить на основе изучения (сравнения) одних только документов. Для установления факта нарушения требуется определить, где именно на местности проходят границы земельных участков. Не случайно поэтому и в обзоре практики, подготовленном Верховным Судом [23, с. 34, 35], и практическими работниками [22] отмечается важность выяснения данного вопроса при рассмотрении судом соответствующих земельных дел.

Очевидно, что если компетентными организациями границы земельных участков на местности изначально (при предоставлении земельных участков) установлены не были, то разрешить спор о нарушении этих границ не представляется возможным. Если стороны будут настаивать на разрешении такого спора судом по существу, то спор о нарушении границ земельных участков фактически трансформируется (по крайней мере в некоторой своей

части) в спор об определении (установлении) этих границ на местности, так как решить вопрос о нарушении границ земельных участков суд сможет, только когда определится с тем, где эти границы реально должны проходить. Собственно, на практике так и бывает: после предъявления иска о признании недействительной государственной регистрации земельного участка и прав на него (или иска об устранении препятствий в осуществлении права на земельный участок) и выяснении того обстоятельства, что границы земельного участка на местности установлены не были, стороны, тем не менее, настаивают на разрешении возникшего спора, нередко требуя при этом суд принять тот или иной отстаиваемый ими вариант пролегания границ земельных участков на местности, т. е. по сути требуют от суда установления (закрепления) границ земельных участков. Безусловно, делать суждение по такому вопросу суд не должен, так как установление и закрепление границ земельных участков на местности относятся к компетенции организаций по землеустройству (см. п. 24, 25, 30 и другие Положения о порядке изъятия и предоставления земельных участков), и в этом плане нельзя не согласиться с позицией Верховного Суда, выраженной (правда, не совсем удачным образом) в ч. 2 п. 15 постановления № 9 и приведенном выше обзоре судебной практики, что решение подобных вопросов судам не подведомственно.

Тем не менее, отсюда еще не следует, что судам не подведомствен сам спор о нарушении границ земельных участков (осложненный отсутствием фиксации этих границ на местности). Данный спор суд обязан разрешить. Правда, в отличие от Верховного Суда и некоторых практиков [22], мы не считаем, что единственный вариант разрешения такого спора заключается в вынесении судом решения об отказе заинтересованному лицу в иске со ссылкой на то, что он не доказал нарушение своего права. Ведь любое судебное решение должно базироваться не на тезисе о том, что кто-то что-то не доказал, а на достоверно установленных судом имеющих отношение к делу фактах. Соответственно решение суда об отказе в иске в связи с отсутствием нарушения спорного права должно основываться на том факте, что нарушения права в действительности не было. Между тем нефиксирование границ земельного участка на местности – обстоятельство, которое в принципе не позволяет² суду сделать вывод о том, имело место нарушение прав землепользователя или же нет. Вынося в такой ситуации решение об отказе в иске, суд фактически нарушает предписания ч. 1 ст. 295 ГПК: не разрешает спор по существу (определяя, кто прав и кто виноват), а сохраняет его в неизменном виде,

²Кроме описанного выше случая, когда наличие нарушения (в виде «наслоения» земельных участков друг на друга) можно констатировать на основе анализа (сличения) одной только документации (земельно-кадастровой и прочей).

консервирует его на неопределенное время, оставляя стороны один на один с возникшей проблемой.

По нашему мнению, в описанном случае суду нужно не выносить решение об отказе в иске, а предложить заинтересованному лицу разрешить вопрос с установлением границ земельного участка в административном порядке – согласно Инструкции № 18, п. 58 Положения о порядке изъятия и предоставления земельных участков, а на время разрешения этого вопроса приостановить производство по делу в соответствии с п. 4 ч. 1 ст. 160 ГПК. Если в результате границы земельного участка на местности организацией по землеустройству будут установлены, то суду следует разрешить земельный спор с учетом этих границ.

Более сложной является ситуация, когда организации по землеустройству установить границы земельного участка ввиду противодействия заинтересованных лиц не удастся (например, из-за отказа ответчика как смежного землепользователя подписать акт об ознакомлении заинтересованных сторон с установленной границей земельного участка на местности). Полагаем, что и в такой ситуации суду не следует уstraняться от разрешения спора по существу, формально вынося решение об отказе истцу в иске, поскольку иначе проблема урегулирования земельного спора «повиснет в воздухе»: организация по землеустройству не сможет установить границы земельного участка, так как имеется спор о праве (см. п. 42, 43 Инструкции № 18), а суд не сможет разрешить земельный спор, потому что не установлены границы земельного участка. На наш взгляд, в такой ситуации в целях окончательного разрешения земельного спора определить прохождение границ земельного участка на местности должен суд, используя для этого помощь соответствующих экспертов и (или) специалистов, а физически зафиксировать эти границы на основании судебного решения – организация по землеустройству.

Доводом против подобного решения проблемы не может служить ссылка на то, что тем самым суд якобы неправомерно вторгается в компетенцию несудебных органов (организаций по землеустройству) и подменяет своим решением их деятельность. Отечественная правовая система известно немало случаев, когда суды полномочны решать вопросы, относящиеся к сфере несудебной юрисдикции, если в силу тех или иных причин разрешить их во внесудебном порядке не представляется возможным. Например, если гражданин признает себя

отцом ребенка, то отцовство устанавливается в административном порядке – органом, регистрирующим акты гражданского состояния, при наличии же спора установление отцовства возможно только судом. Аналогична ситуация также с расторжением брака, установлением фактов, имеющих юридическое значение³, и т. д.

Кроме того, в пользу предложенного нами решения проблемы свидетельствует содержание Инструкции № 18. Так, как отмечалось ранее, согласно п. 42 Инструкции № 18 в случае отказа землепользователя смежного земельного участка от подписания акта об ознакомлении заинтересованных сторон с установленной границей земельного участка на местности дальнейшие работы по установлению фиксированной границы земельного участка приостанавливаются до «принятия решения о разрешении возникшего земельного спора в порядке, установленном законодательными актами». Очевидно, что если данный земельный спор обусловлен несогласием с определением границ земельного участка, то разрешение такого спора компетентным органом (судом) неминуемо будет сопряжено с решением вопроса о том, где именно должна пролегать граница земельного участка. Наконец, п. 38 Инструкции № 18 прямо указывает на возможность решения вопроса о границах земельного участка судом. Там сказано, что присутствие землепользователей смежных земельных участков при установлении фиксированной границы земельного участка на местности и подписание ими соответствующего акта не требуется, если, в частности, установление границы земельного участка осуществляется *на основании судебного постановления*.

Весьма сходна с описанной выше ситуация, когда границы земельных участков на местности компетентными организациями установлены были, однако к моменту рассмотрения земельного спора судом точное определение мест прохождения данных границ ввиду тех или иных причин (утраты межевых знаков, смещения ограждений земельных участков и т. п.) является весьма проблематичной задачей. Например, А. М. Левкович [20] и А. Н. Минич [22] полагают, что если в ходе рассмотрения дела об устранении препятствий в осуществлении прав на земельные участки выяснилось, что «отсутствуют данные об установлении смежных границ спорных участков и невозможно правильно определить их конфигурацию и площадь, то в удовлетворении исков об устранении препятствий надлежит отказывать». Такой подход сложно признать

³В этом плане весьма показательным является разъяснение, содержащееся в п. 1, 2 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 18 марта 1994 г. № 1 «О судебной практике по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение». Констатируя, что установление некоторых фактов (прохождение военной службы, участие в ликвидации последствий катастрофы на ЧАЭС и прочих) относится к исключительной компетенции несудебных органов, Пленум Верховного Суда вместе с тем признал, что вопрос о наличии таких фактов может разрешаться и судом в случае подачи заинтересованным лицом жалобы на решение несудебного органа, которым в установлении соответствующего факта было отказано.

верным, поскольку вынесенное судом решение не разрешит земельный спор по существу: оно не ответит на вопрос о том, имело ли место нарушение земельных прав заинтересованных лиц, и тем самым сохранит в их взаимоотношениях состояние неопределенности (спорности). На наш взгляд, как бы трудно ни было определить границы земельного участка на местности, для разрешения возникшего земельного спора суду необходимо это делать (прибегая к помощи, экспертов, специалистов, используя иные возможности в сфере доказывания).

В контексте сказанного обращает на себя внимание позиция Л. Я. Филимоновой. Автор пишет, что «при рассмотрении споров об устранении препятствий в пользовании земельным участком необходимо четкое определение (установление на местности) границ земельных участков между землепользователями в соответствии с правоудостоверяющими документами. Если документы на землю в установленном порядке не оформлены или границы земельных участков на местности не совпадают с границами, указанными в правоудостоверяющих документах, что делает невозможным для эксперта сделать вывод о границе между земельными участками, суду следует предложить сторонам оформить документы в установленном порядке, а если они оформлены, но не соответствуют действительности, предложить сторонам оспорить несоответствующие действительности документы. Отказ сторон оформить в установленном порядке правоудостоверяющие документы или оспорить несоответствующие действительности документы может являться основанием к отказу в иске об устранении препятствий в пользовании земельным участком» [19, с. 40].

По поводу приведенного мнения нужно сделать несколько замечаний. Во-первых, когда суд предлагает стороне (сторонам) оформить или оспорить правоудостоверяющие документы⁴ на землю, то производство по делу необходимо приостановить в соответствии с п. 4 ч. 1 ст. 160 ГПК, причем возобновить его можно только в том случае, если стороной (сторонами) спора будут выполнены рекомендации суда. Если рекомендации суда стороной (сторонами) будут проигнорированы, то производство по делу должно оставаться приостановленным. Связано это с тем, что без совершения сторонами указанных действий суд не сможет выяснить границы земельных участков, а значит, не сможет разрешить земельный спор по существу, т. е. определить имело ли место нарушение прав землепользователей. Поэтому нам представляется спорным утверждение Л. Я. Филимоновой, что «отказ

сторон оформить в установленном порядке правоудостоверяющие документы или оспорить несоответствующие действительности документы может являться основанием к отказу в иске об устранении препятствий в пользовании земельным участком» [19, с. 40]. Во-вторых, несовпадение границ земельных участков на местности с границами, указанными в правоудостоверяющих документах, не всегда может быть обусловлено неправильностью последних. Границы земельного участка, определенные в правоудостоверяющих документах, могут быть верны, но не совпадать с границами на местности ввиду противоправных действий стороны (сторон) – смещением ограждений земельных участков, допущенными погрешностями при установлении границ на местности и т. п. В такой ситуации суду нет необходимости рекомендовать стороне (сторонам) оспаривать правоудостоверяющие документы, суд должен разрешить спор по существу и устранить допущенное нарушение в области земельных правоотношений.

В отечественной правовой системе достаточно дискуссионным является вопрос о подведомственности судам дел о признании прав на земельные участки в порядке ст. 44 КоЗ, т. е. в силу давности владения. С одной стороны, некоторые практические работники утверждают, что подобные споры все чаще встречаются в судебной практике [21]. Однако с другой стороны, Верховным Судом Республики Беларусь совсем недавно был опубликован казус, в котором высшая судебная инстанция страны высказала мнение, что судам подобные дела не подведомственны [27]. Для того, чтобы разобраться в проблеме, обратимся к анализу упомянутого казуса и приведенной на этот счет аргументации Верховного Суда.

В своем исковом заявлении гражданин указал, что в 1996 г. решением сельсовета ему в пожизненное наследуемое владение был предоставлен земельный участок для строительства и обслуживания жилого дома. С этого времени истец открыто, добросовестно и непрерывно владел земельным участком, постоянно обрабатывал его, засаживал различными культурами, увеличил плодородный слой земли, регулярно уплачивал земельный налог. Кроме того, в 1996 г. в кассу сельсовета гражданин уплатил сумму за оказание услуг по оформлению правоустанавливающих документов, в связи с чем считал, что документы на земельный участок оформлены надлежащим образом и он может получить их в любое время. Однако когда в 2015 г. гражданин обратился в сельский исполком за получением документов на земельный участок, в оформлении землеустрои-

⁴Со строго юридической точки зрения более правильно здесь было бы говорить об оспаривании не правоудостоверяющих документов, а государственной регистрации земельного участка и прав на него (конечно, если такая регистрация имела место, в противном случае предметом оспаривания действительно должен выступать правоудостоверяющий документ, например, госакт на землю).

тельного дела ему было отказано. Поэтому истец просил суд признать за ним в порядке ст. 44 КоЗ право пожизненного наследуемого владения соответствующим земельным участком в сложившихся границах.

Решением суда Минского района от 24 мая 2016 г. в удовлетворении исковых требований отказано, истец признан не приобретшим права пожизненного наследуемого владения земельным участком, предоставленным для строительства и обслуживания жилого дома. Кассационной инстанцией решение суда было оставлено без изменения. Однако затем по протесту Заместителя Председателя Верховного Суда Республики Беларусь президиум Минского областного суда все состоявшиеся судебные постановления отменил и производство по делу прекратил в связи с неподведомственностью спора суду. В обоснование такого подхода приведена ссылка на п. 14 постановления № 9 о том, что граждане вправе получить земельный участок в соответствии со ст. 44 КоЗ «по решению соответствующего исполнительного и распорядительного органа. Решение исполнительного и распорядительного органа по данному вопросу может быть обжаловано в суд», откуда сделан вывод, что решение вопросов в порядке ст. 44 КоЗ относится к исключительной компетенции исполнительных и распорядительных органов.

С позицией надзорной инстанции и поддержавшего ее Верховного Суда сложно согласиться. На наш взгляд, получение (приобретение) земельного участка в соответствии со ст. 44 КоЗ предполагает решение двух относительно самостоятельных вопросов: во-первых, установление того, что гражданин Республики Беларусь в течение не менее 15 лет добросовестно, открыто и непрерывно владел земельным участком в отсутствие правоудостоверяющих документов или при несовпадении границ и (или) размера такого земельного участка с границами и (или) размерами, указанными в правоудостоверяющих документах, и, во-вторых, принятия самого решения о предоставлении земельного участка гражданину на определенном праве (собственности, пожизненного наследуемого владения или аренды) в размерах, не свыше указанных в ст. 36 КоЗ. Безусловно, решение второго вопроса, в том числе выбор конкретного права, на котором гражданин получит земельный участок, и контроль за соблюдением предписаний ст. 36 КоЗ, находится в исключительной компетенции исполнительных комитетов, так как согласно ст. 27–30 КоЗ только эти органы вправе принимать решения о предоставлении гражданам земельных участков.

Что же касается первого вопроса, то за его решением тоже необходимо обращаться в местный ис-

полнительный комитет. Однако здесь стоит иметь в виду один очень важный нюанс. Исполком вправе устанавливать добросовестность, открытость и непрерывность владения земельным участком лишь с помощью материалов, указанных в ч. 2 ст. 44 КоЗ: земельно-кадастровой документации либо строительного паспорта и (или) паспорта домовладения и (или) документов об уплате земельного налога. В реальной жизни данных материалов может не оказаться в наличии или они будут недостаточны для достоверного установления соответствующих обстоятельств (например, в связи с тем, что сведения о земельном участке не были внесены в земельно-кадастровую документацию при проведении массового кадастрового учета по независимым от гражданина причинам; целевое назначение земельного участка не связано со строительством жилого дома; гражданин освобождался от уплаты земельного налога в связи с предоставляемыми ему льготами [28, с. 60]). Означает ли это, что в такой ситуации гражданин полностью лишается возможности получить земельный участок по правилам ст. 44 КоЗ? Думается, что нет. Ведь если какой-то юридический факт не удалось установить в административном порядке, то для таких случаев государство предусмотрело возможность использования более совершенной правоприменительной процедуры – гражданского судопроизводства (собственно, для того оно и существует, и именно поэтому в ст. 60 Конституции Республики Беларусь право на судебную защиту сформулировано как всеобщее и абсолютное правомочие). В этом плане факт владения земельным участком в течение длительного времени не составляет исключения: в ст. 44 КоЗ не сказано (и даже не подразумевается), что данный факт подлежит установлению только в административном порядке. Следовательно, в описанной ситуации гражданин имеет право доказывать добросовестность, открытость и непрерывность владения земельным участком через суд. Суды, по сравнению с исполнительными и распорядительными органами, обладают несравнимо большими возможностями по установлению указанного факта, так как вправе учитывать при его установлении иные, помимо указанных в ч. 2 ст. 44 КоЗ, письменные материалы⁵, свидетельские показания, фотографии, видеозаписи и т. д. Вопрос может заключаться только в том, в рамках какого вида гражданского судопроизводства гражданину следует обратиться в суд и каким образом формулировать свое требование.

На наш взгляд, гражданину нужно обращаться в суд в порядке особого производства с требованием об установлении факта давности владения

⁵По нашему глубокому убеждению, ч. 2 ст. 44 КоЗ не имеет отношения к правилам допустимости доказательств и, значит, не связывает суды при определении круга средств доказывания, с помощью которых обратившееся в суд лицо может подтвердить факт добросовестного, открытого и непрерывного владения земельным участком.

земельным участком (§ 2 гл. 30 ГПК). Данный факт прямо не назван в ч. 1 ст. 363 ГПК, однако во второй части этой статьи сказано, что при соблюдении условий, предусмотренных ст. 363 ГПК, суды вправе устанавливать и другие факты, имеющие юридическое значение. Полагаем, что все условия ст. 363 ГПК применительно к требованию об установлении факта давности владения земельным участком соблюдаются: данный факт имеет юридическое значение, так как от него зависит возможность получения гражданином на определенном праве земельного участка; ст. 44 КоЗ не предусматривает исключительно несудебного порядка установления факта давности владения в отношении земельных участков; гражданин не имеет возможности установить этот факт в административном порядке (через исполнительный и распорядительный орган) в связи с отсутствием или недостаточностью перечисленных в ч. 2 ст. 44 КоЗ материалов. В пользу предложенного нами подхода свидетельствует и то, что п. 16 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 18 марта 1994 г. № 1 «О судебной практике по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение» прямо оговаривает возможность установления факта приобретательной давности в отношении имущества, указанного в ст. 235 Гражданского кодекса Республики Беларусь (безусловно, земельные участки как имущество обладают определенной спецификой, тем не менее, это не повод для того, чтобы дела об установлении в отношении их давности владения изымать из судебной подведомственности).

Не исключаем мы обращения заинтересованного лица в суд и в рамках искового производства. Это возможно в тех случаях, когда установить в административном порядке факт владения земельным участком в течение длительного времени не удалось потому, что между гражданином и исполкомом имеется спор по поводу этого земельного участка, в частности, если исполком (как представитель собственника земельных ресурсов – государства) отрицает возможность возникновения у гражданина каких-либо прав на земельный участок, поскольку считает, что последний был занят гражданином самовольно. В таком случае гражданину следует заявлять требование о признании права на предоставление ему земельного участка в силу ст. 44 КоЗ, но не требование о признании права собственности (пожизненного наследуемого владения или аренды) на этот земельный участок, поскольку для возникновения правомочий последнего рода необходимо принятие соответствующего решения исполкома, факт же давности владения сам по себе порождает

правомочие (по отношению к исполкому) только на предоставление земельного участка⁶.

Наконец, гражданин вправе подать на решение исполкома жалобу в соответствии с § 6 гл. 29 ГПК, как это разъяснил Пленум Верховного Суда в п. 14 постановления № 9. Однако в отличие от Пленума Верховного Суда мы полагаем, что делать это целесообразно только в том случае, когда несмотря на наличие достаточных и достоверных материалов, указанных в ч. 2 ст. 44 КоЗ, исполком неправомерно отказал гражданину в установлении факта владения земельным участком в течение длительного времени и соответственно в предоставлении земельного участка. Если же названные ч. 2 ст. 44 КоЗ материалы отсутствуют или их недостаточно для достоверного установления факта давности владения, подача жалобы на решение исполкома никакого положительного результата не принесет – суд должен будет признать действия исполкома законными и обоснованными. Нужно особо подчеркнуть, что при рассмотрении жалобы суду следует заниматься именно проверкой правомерности действий исполкома (насколько верно тот оценил имеющиеся в его распоряжении материалы из числа указанных в ч. 2 ст. 44 КоЗ) и не допускать превращения этого процесса в деятельность по доказыванию гражданином факта владения земельным участком в течение длительного времени с помощью иных, не названных в ч. 2 ст. 44 КоЗ, материалов. В случае, когда будет установлено, что исполком правомерно принял свое решение, но у гражданина имеются другие, не указанные в ч. 2 ст. 44 КоЗ, доказательства факта давности владения, судье необходимо разъяснить лицу право подать в суд заявление об установлении этого факта в порядке особого производства. При этом заметим, что в каком бы виде гражданского судопроизводства (особом, исковом или по делам, возникающим из административных правоотношений) требования лица ни были удовлетворены, наличие судебного решения будет недостаточно для приобретения прав на земельный участок. Гражданину еще необходимо обратиться в исполком, чтобы тот на основании и во исполнение решения суда принял свое решение о предоставлении земельного участка на определенном праве.

Возвращаясь к описанному выше казусу, стоит сказать, что обратившимся в суд лицом были неверно сформулированы иски. Гражданин просил признать за ним право на пожизненное наследуемое владение земельным участком, однако такое требование априори не могло быть удовлетворено судом, поскольку исполком не вы-

⁶Это очень хорошо видно из содержания ч. 1 ст. 44 КоЗ: «Граждане Республики Беларусь ... которые добросовестно, открыто и непрерывно владеют земельным участком как своим собственным в течение пятнадцати и более лет, **имеют право** в соответствии с законодательством **приобрести** этот земельный участок в частную собственность или **получить** его в пожизненное наследуемое владение, аренду».

носил решения о предоставлении истцу земельного участка в порядке ст. 44 КоЗ, и, значит, право пожизненного наследуемого владения земельным участком у гражданина не возникло. В действительности ему следовало просить о признании права на предоставление земельного участка в силу давности владения. Вместе с тем ошибка, допущенная лицом при составлении искового заявления, никак не влияла на подведомственность спора суду. Споры о признании за гражданами прав на определенное имущество – это традиционные судебные дела, дела, подведомственность которых судам никаких сомнений не вызывает и вызывать не может. Такие дела возбуждаются путем предъявления иска о признании, т. е. иска, в котором заинтересованное лицо просит признать наличие между ним и ответчиком какого-то правоотношения, возникшего до и независимо от судебного процесса. Поводом же для предъявления такого иска обычно являются возникшие между истцом и ответчиком недоразумения (разногласия) по поводу существования и содержания указанного правоотношения. Если в ходе разбирательства дела выяснится, что правоотношение между сторонами спора на самом деле отсутствует (например, потому что оно никогда не возникало), в иске следует отказать, что, собственно, суд и должен был сделать в приведенном выше казусе.

Мы вполне допускаем, что в этом деле надзорная инстанция восприняла заявленное требование не как иск о признании, а как иск о преобразовании, т. е. как иск об установлении судом между сторонами спора нового правоотношения – правоотношения по поводу пожизненного наследуемого владения земельным участком, возникновение (установление) которого непременно предполагает предоставление гражданину и самого земельного участка. По смыслу ст. 44 КоЗ суды в самом деле не компетентны предоставлять земельные участки и наделять граждан правом пожизненно наследуемого владения ими, а значит, подобные иски судам не подведомственны и суды должны

отказывать в их принятии или прекращать по ним производство, если принятие иска ошибочно произошло. Однако для наступления таких последствий необходимо, чтобы требование истца было действительно сформулировано именно как преобразовательный иск – как требование о передаче ему земельного участка с установлением права пожизненного наследуемого владения им. В анализируемом же случае требование гражданина было составлено в виде классического иска о признании, а потому никаких оснований для квалификации такого требования в качестве преобразовательного иска и отказа в его рассмотрении не имелось.

В приведенном казусе обращает на себя внимание и еще один момент. Суду первой инстанции в вину было постановлено также то, что он, отказав гражданину в иске, одновременно признал его не приобретшим право пожизненного наследуемого владения земельным участком. По мнению надзорной инстанции, возражения ответчика (сельского исполкома) против иска суд первой инстанции необоснованно расценил как встречный иск о признании истца не приобретшим право пользования земельным участком и в нарушение положений ст. 273, 298 ГПК удовлетворил его. Между тем, на наш взгляд, действия суда первой инстанции были совершенно правильными. Ведь отказ в иске о признании есть не что иное, как констатация судом отсутствия между сторонами спора материального правоотношения в силу определенных причин. В нашем случае правоотношение отсутствовало по причине того, что оно изначально между сторонами не возникло – сельский исполком не принимал решения о предоставлении гражданину земельного участка на праве пожизненного наследуемого владения и, значит, гражданин этого права не приобрел. Таким образом, признание истца не приобретшим право пожизненного наследуемого владения земельным участком – это закономерное и неизбежное следствие вынесения судом решения об отказе в иске о признании за лицом данного права.

Заключение

Проведенное исследование позволяет сделать следующие выводы:

1. Земельные споры обладают существенной спецификой, обусловленной историческими факторами (процессом становления и развития системы прав на земельные участки в Республике Беларусь; различием требований к выдаче правоустанавливающих документов, разработке проектов отвода, подготовке планово-графических материалов, установлению границ земельных участков на местности в зависимости от исторического периода, в который возникло право на землю); сложностью субъектного состава земельных правоотношений,

для которых характерно обязательное присутствие публично-правового элемента; наличием многоступенчатых процедур предоставления земельных участков и иными факторами. Материально-правовая специфика земельных споров обуславливает процессуальные особенности их рассмотрения и разрешения; лишь при условии учета последних возможна должная защита прав участников таких споров.

2. Если границы земельного участка не были установлены на местности или были установлены, но в настоящее время сделать вывод об их действительном пролегании по местности весьма затруд-

нительно, суд не должен устраняться от разрешения по существу земельного спора о нарушении границ земельного участка, формально вынося решение об отказе в иске; суду следует предложить заинтересованному лицу решить вопрос об установлении (восстановлении) границ земельного участка на местности в административном порядке (т. е. организациями по землеустройству); если по не зависящим от заинтересованного лица причинам (например, ввиду противодействия ответчика) решить этот вопрос в административном порядке не удастся, суду необходимо самому определить, где проходят (если они ранее не устанавливались) или должны проходить (если они ранее были установлены) границы земельного участка на местности; соответствующие разъяснения нужно включить в постановление № 9, одновременно скорректировав разъяснение, содержащееся в ч. 2 п. 15 постановления № 9;

3. Судам подведомственны дела, связанные с установлением факта давности владения земельным

участком (ст. 44 КоЗ); в зависимости от особенностей каждого конкретного случая эти дела могут рассматриваться в особом производстве (если местный исполком не вправе установить факт давности владения ввиду отсутствия или недостаточности указанных в ч. 2 ст. 44 КоЗ документов), исковом производстве (когда между землевладельцем и местным исполком возник спор относительно правомерности владения земельным участком) или производстве по делам, возникающим из административно-правовых отношений (если местный исполком несмотря на наличие достаточных подтверждающих материалов неправомерно отказал заинтересованному лицу в установлении факта давности владения земельным участком); подобного рода разъяснения необходимо включить в постановление № 9 (соответствующим образом изменив при этом его п. 14), а также в постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 18 марта 1994 г. № 1 «О судебной практике по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение».

Библиографические ссылки

1. Шингель НА, Шахрай ИС, Мороз ОВ и др. Правовое регулирование споров в сфере природопользования и охраны окружающей среды: пособие для магистрантов, обучающихся по специальности 1-24 81 05 «Правовое обеспечение альтернативных способов урегулирования конфликтов и споров». Минск: Издательский центр БГУ; 2016.
2. Иконицкая ИА. Разрешение земельных споров. Москва: [без издательства]; 1973.
3. Иконицкая ИА, Краснов НИ. Процессуальные вопросы советского земельного права. Москва: [без издательства]; 1975.
4. Жариков ЮГ. Имущественные споры землепользователей. Москва: Юридическая литература; 1980.
5. Шингель НА. Правовое регулирование земельных споров. *Обзор судебной практики*. 2008;3:2–21.
6. Перожок ЭА. О правовом регулировании земельных споров. *Актуальные проблемы юридического образования в контексте обучения альтернативному урегулированию споров как подходу к обеспечению прав человека. Материалы Международной научно-методической конференции в рамках Темпус-проекта «Обучение альтернативному урегулированию споров как подходу к обеспечению прав человека»; г. Минск, Беларусь 29 ноября – 3 декабря 2016 г.* Минск; 2016. с. 150–155.
7. Шахрай ИС. Разрешение (урегулирование) земельных споров как способ защиты прав субъектов земельных отношений. *Актуальные проблемы юридического образования в контексте обучения альтернативному урегулированию споров как подходу к обеспечению прав человека. Материалы Международной научно-методической конференции в рамках Темпус-проекта «Обучение альтернативному урегулированию споров как подходу к обеспечению прав человека»; Минск, Беларусь, 29 ноября – 3 декабря 2016 г.* Минск; 2016. с. 168–176.
8. Алексеева НА. Правовые проблемы применения норм земельного права при разрешении земельных споров в Российской Федерации [диссертация]. Москва; 2010.
9. Арсенюк АО. Процессуально-процедурный порядок судебного розгляду земельних спорів в Україні [диссертация]. Киев; 2016.
10. Каракаш І. Правове регулювання розгляду та вирішення земельних спорів як гарантія захисту прав на землю. *Підприємництво, господарство і право*. 2017;12:132–138.
11. Емалтынов АР. Процессуальные особенности рассмотрения земельных споров [диссертация]. Екатеринбург; 2012.
12. Свешников ГА. Рассмотрение споров, возникающих из земельных правоотношений, в исковом производстве [диссертация]. Москва; 2014.
13. Тоточенко ДА. О подведомственности и подсудности споров о правах на земельные участки. *Арбитражный и гражданский процесс*. 2015;5:51–55.
14. Умеренко ЮА. Процессуальные особенности рассмотрения земельных споров. *Арбитражный и гражданский процесс*. 2017;7:37–42.
15. Шингель НА. Споры в сфере природопользования: спорить или договариваться? *Актуальные проблемы юридического образования в контексте обучения альтернативному урегулированию споров как подходу к обеспечению прав человека. Материалы Международной научно-методической конференции в рамках Темпус-проекта «Обучение альтернативному урегулированию споров как подходу к обеспечению прав человека»; г. Минск, Беларусь, 29 ноября – 3 декабря 2016 г.* Минск; 2016. с. 180–186.
16. Скобелев ВП, Шахрай ИС. Актуальные вопросы подведомственности и подсудности административных споров в сфере природоресурсных отношений. *Актуальные проблемы государственной экологической политики: сборник материалов Международной научно-практической конференции*. Уфа; 2017. с. 236–245.

17. Поправкин АА. Способы защиты гражданских прав в земельных правоотношениях: вопросы правовой природы и применения. *Юстиция Беларуси*. 2011;11:25–27.
18. Поправкин АА. К вопросу о подведомственности дел, возникающих из земельных правоотношений. *Юстиция Беларуси*. 2013;5:32–35.
19. Филимонихина Л. Особенности рассмотрения земельных споров. *Судовы веснік*. 2012;2:37–41.
20. Левкович АМ. Разрешение земельных споров: что необходимо знать при рассмотрении гражданских дел [Электронный ресурс]. *КонсультантПлюс: Беларусь / ООО «ЮрСпектр»*. Минск; 2018.
21. Минич АН. Проблемы рассмотрения земельных споров (часть 2) [Электронный ресурс]. *КонсультантПлюс: Беларусь / ООО «ЮрСпектр»*. Минск; 2018.
22. Минич АН. Проблемы рассмотрения земельных споров (часть 3) [Электронный ресурс]. *КонсультантПлюс: Беларусь / ООО «ЮрСпектр»*. Минск; 2018.
23. О практике применения судами земельного законодательства (по материалам обзора). *Судовы веснік*. 2012; 1:29–40.
24. Развитие системы государственной регистрации. Статистика. Аналитика. Годовой отчет 2017 [Электронный ресурс]. Государственный комитет по имуществу. Национальное кадастровое агентство. URL: http://nca.by/rus/reg/razvitiye-sistemy-gos-registracii/god_otchet_2017 (дата обращения: 05.06.2018).
25. Володин Ю. Некоторые аспекты устранения ошибок в едином государственном регистре недвижимого имущества в судебном порядке. *Судебный вестник Плюс: экономическое правосудие*. 2017;12:36–41.
26. Жгутова НВ. Предмет и средства доказывания по спорам между собственниками смежных земельных участков о согласовании местоположения границ земельного участка. *Судья*. 2016;10:52–55.
27. Признание права на земельный участок по основаниям длительного добросовестного, открытого и непрерывного владения им относится к компетенции соответствующего исполнительного и распорядительного органа, решение которого может быть обжаловано в суд [извлечение из постановления президиума Минского областного суда]. *Судовы веснік*. 2017;2:45–46.
28. Шахрай И. Приобретение права на земельный участок, владение которым осуществляется в течение длительного времени: проблемы правового регулирования. *Юстиция Беларуси*. 2012;7:57–60.

References

1. Shingel NA, Shakhray IS, Moroz OV, et al. *Pravovoe regulirovanie sporov v sfere prirodopol'zovaniya i okhrany okruzhayushchei sredy* [Legal regulation of disputes in the sphere of nature management and environmental protection]. Minsk: Publishing center of the BSU; 2016. Russian.
2. Ikonitskaya IA. *Razreshenie zemel'nykh sporov* [Resolution of land disputes]. Moscow: [publisher unknown]; 1973. Russian.
3. Ikonitskaya IA, Krasnov NI. *Protsessual'nye voprosy sovetskogo zemel'nogo prava* [Procedural issues of the Soviet land law]. Moscow: [publisher unknown]; 1975. Russian.
4. Zharikov YuG. *Imushchestvennye spory zemlepol'zovatelei* [Property disputes of land users]. Moscow: Yuridicheskaya literatura; 1980. Russian.
5. Shingel NA. Legal regulation of land disputes. *Obzor sudebnoi praktiki* [Review of judicial practice]. 2008;3:2–21. Russian.
6. Peryozhok EA. O pravovom regulirovanii zemel'nykh sporov. *Aktual'nye problemy yuridicheskogo obrazovaniya v kontekste obucheniya al'ternativ-nomu uregulirovaniyu sporov kak podkhodu k obespecheniyu prav cheloveka. Materialy Mezhdunarodnoi nauchno-metodicheskoi konferentsii v ramkakh Tempus-proekta «Obuchenie al'ternativnomu uregulirovaniyu sporov kak podkhodu k obespecheniyu prav cheloveka»; g. Minsk, Belarus' 29 noyabrya – 3 dekabrya 2016 g.* [Actual problems of legal education in the context of teaching alternative dispute resolution as an approach to the protection of human rights. Materials International scientific-methodological conference within the framework of the Tempus project «Training in alternative settlement of disputes as an approach to ensuring human rights», Minsk, Belarus, 29 November – 3 December 2016]. Minsk; 2016. p. 150–155. Russian.
7. Shakhray IS. Resolution (settlement) of land disputes as a way to protect the rights of subjects of land relations. *Aktual'nye problemy yuridicheskogo obrazovaniya v kontekste obucheniya al'ternativnomu uregulirovaniyu sporov kak podkhodu k obespecheniyu prav cheloveka. Materialy Mezhdunarodnoi nauchno-metodicheskoi konferentsii v ramkakh Tempus-proekta «Obuchenie al'ternativnomu uregulirovaniyu sporov kak podkhodu k obespecheniyu prav cheloveka»; g. Minsk, Belarus' 29 noyabrya – 3 dekabrya 2016 g.* [Actual problems of legal education in the context of teaching alternative dispute resolution as an approach to the protection of human rights. Materials International scientific-methodological conference within the framework of the Tempus project «Training in alternative settlement of disputes as an approach to ensuring human rights», Minsk, Belarus, 29 November – 3 December, 2016]. Minsk; 2016. p. 168–176. Russian.
8. Alekseyeva NA. *Pravovye problemy primeneniya norm zemel'nogo prava pri razreshenii zemel'nykh sporov v Rossiiskoi Federatsii* [Legal problems of the application of land law in resolving land disputes in the Russian Federation] [dissertation]. Moscow; 2010. Russian.
9. Arsenyuk AO. *Procesual'no-procedurnyj porjadok sudovogo rozgljadu zemel'nykh sporiv v Ukraini* [Procedure of judicial consideration of land disputes in Ukraine] [dissertation]. Kyiv; 2016. Ukrainian.
10. Karakash I. Pravove reguljuvannja rozgljadu ta vyrishennja zemel'nykh sporiv jak garantija zahystu prav na zemlju [Legal regulation of the consideration and resolution of land disputes as a guarantee of protection of rights to land]. *Entrepreneurship, Economy and Law*. 2017;12:132–138. Ukrainian.
11. Emaltynov AR. *Protsessual'nye osobennosti rassmotreniya zemel'nykh sporov* [Procedural features of the consideration of land disputes] [dissertation]. Yekaterinburg; 2012. Russian.
12. Sveshnikov GA. *Rassmotrenie sporov, vznikayushchikh iz zemel'nykh pravootnoshenii, v iskovom proizvodstve* [The consideration of disputes arising from land legal relations, in the proceedings] [dissertation]. Moscow; 2014. Russian.

13. Totochenko DA. On the jurisdiction and jurisdiction of disputes about rights to land plots. *Arbitration and civil procedure*. 2015;5:51–55. Russian.
14. Umerenko YuA. Procedural features of the consideration of land disputes. *Arbitration and civil procedure*. 2017;7:37–42. Russian.
15. Shingel NA. Disputes in the sphere of nature: to argue or negotiate? *Aktual'nye problemy yuridicheskogo obrazovaniya v kontekste obucheniya al'ternativ-nomu uregulirovaniyu sporov kak podkhodu k obespecheniyu prav cheloveka. Materialy Mezhdunarodnoi nauchno-metodicheskoi konferentsii v ramkakh Tempus-proekta «Obuchenie al'ternativnomu uregulirovaniyu sporov kak podkhodu k obespecheniyu prav cheloveka»*; g. Minsk, Belarus' 29 noyabrya – 3 dekabrya 2016 g. [Actual problems of legal education in the context of teaching alternative dispute resolution as an approach to the protection of human rights. Materials International scientific-methodologic conference within the framework of the Tempus project «Training in alternative settlement of disputes as an approach to ensuring human rights», Minsk, Belarus, 29 November – 3 December. 2016]. Minsk; 2016. p. 180–186. Russian.
16. Skobelev VP, Shakhrai IS. Actual issues of subordination and jurisdiction of administrative disputes in the sphere of nature resources relations. *Aktual'nye problemy gosudarstvennoi ekologicheskoi politiki: sbornik materialov Mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii* [Actual problems of state environmental policy: collection materials of International scientific-methodologic conference]. Ufa; 2017. p. 236–245. Russian.
17. Popravkin AA. Methods of protecting civil rights in land legal relations: issues of legal nature and application. *Yustitsiya Belarusi* [Justice of Belarus]. 2011;11:25–27. Russian.
18. Popravkin AA. On the issue of the jurisdiction of cases arising from land legal relations. *Yustitsiya Belarusi* [Justice of Belarus]. 2013;5:32–35. Russian.
19. Filimonikhina L. Peculiarities of the consideration of land disputes. *Sudovy vesnik*. 2012;2:37–41. Russian.
20. Levkovich AM. Razreshenie zemel'nykh sporov: chto neobkhodimo znat' pri rassmotrenii grazhdanskikh del [Resolution of land disputes: what is necessary to know when considering civil cases]. *ConsultantPlus: Belarus / LLC «YurSpektr»*. Minsk; 2018. Russian.
21. Minich AN. Problemy rassmotreniya zemel'nykh sporov (chast' 2) [Problems of consideration of land disputes (part 2)]. *ConsultantPlus: Belarus / LLC «YurSpektr»*. Minsk; 2018. Russian.
22. Minich AN. Problemy rassmotreniya zemel'nykh sporov (chast' 3) [Problems of consideration of land disputes (part 3)]. *Consultant Plus: Belarus / LLC «YurSpektr»*. Minsk; 2018. Russian.
23. On the practice of the courts applying land legislation (based on the review). *Sudovy vesnik*. 2012;1:29–40. Russian.
24. Development of the state registration system. Statistics. Analytics. Annual Report 2017 [cited 2018 June 5]. Available from: http://nca.by/rus/reg/razvitie-sistemy-gos-registracii/god_otchet_2017. Russian.
25. Volodin Yu. Some aspects of the elimination of errors in the unified state register of real estate in the judicial system. *Sudebnyi vestnik Plyus: ekonomicheskoe pravosudie* [Trial Bulletin Plus: economic justice]. 2017;12:36–41. Russian.
26. Zhgutova NV. The subject and means of proving disputes between owners of adjacent land plots on coordinating the location of the boundaries of a land plot. *Sud'ya* [Judge]. 2016;10:52–55. Russian.
27. Recognition of the right to a land plot on the grounds of a long, conscientious, open and continuous possession of it belongs to the competence of the relevant executive and administrative body, the decision of which can be appealed to the court [extract from the resolution of the presidium Minsk regional court]. *Sudovy vesnik*. 2017;2:45–46. Russian.
28. Shakhrai I. Acquisition of the right to a land plot, which is owned for a long time: the problems of legal regulation. *Yustitsiya Belarusi* [Justice of Belarus]. 2012;7:57–60. Russian.

Статья поступила в редколлегию 14.06.2018.
Received by editorial board 14.06.2018.

УГОЛОВНОЕ ПРАВО, УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE AND CRIMINALISTICS

УДК 343.1

ИСТОРИКО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ОРГАНИЗАЦИИ И ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ ОРГАНОВ ДОСУДЕБНОГО ПРОИЗВОДСТВА ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ В БЕЛАРУСИ

В. Н. БИБИЛО¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Рассматриваются исторические и современные аспекты организации досудебной уголовно-процессуальной деятельности. Обосновывается вывод о необходимости включения в законодательство понятия «возбуждение уголовного преследования» вместо «возбуждение уголовного дела». Доказывается, что следователь осуществляет функцию обвинения независимо от того, сужаются или расширяются его процессуальные полномочия. Главная задача следователя – собрать обвинительные доказательства. Функция обвинения, осуществляемая следователем, завершается вместе с передачей уголовного дела прокурору для направления в суд.

Ключевые слова: следователь; прокурор; суд; уголовное дело; дознание; уголовное преследование; обвинение.

Образец цитирования:

Бибилло В.Н. Историко-правовые аспекты организации и функционирования органов досудебного производства по уголовному делу в Беларуси. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2018;2:78–83.

For citation:

Bibilo VN. Historical and legal aspects of organization and functioning of bodies of pretrial proceedings in a criminal case in Belarus. *Journal of Belarusian State University. Law.* 2018;2:78–83. Russian.

Автор:

Валентина Николаевна Бибилло – доктор юридических наук, профессор; профессор кафедры уголовного процесса и прокурорского надзора юридического факультета.

Author:

Valentina N. Bibilo, doctor of science (law), full professor; professor at the department of criminal procedure and directorate of public prosecutions, faculty of law.
zagorovskaja@bsu.by

HISTORICAL AND LEGAL ASPECTS OF ORGANIZATION AND FUNCTIONING OF BODIES OF PRETRIAL PROCEEDINGS IN A CRIMINAL CASE IN BELARUS

V. N. BIBILO^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

The article considers historical and modern aspects of organization of pretrial criminal law activity. The author substantiates the conclusion about the necessity of inclusion in the legislation the concept of «initiation criminal prosecution» instead of «initiation criminal case». It is proved that the investigator performs the function of indictment, regardless of whether its procedural powers are reduced or expanded. The main task of the investigator is to gather evidence. The function of indictment performed by the investigator ends with the transfer of the criminal case to the prosecutor for the referral to the court.

Key words: investigator; prosecutor; court; criminal case; inquest; criminal prosecution; indictment.

Уголовно-процессуальная деятельность по большинству уголовных дел традиционно разделяется на досудебную и судебную. Суд, являясь органом судебной власти, предназначен для окончательного разрешения юридических конфликтов, среди которых преступления представляют собой наибольшую общественную опасность. Осуществляя функцию правосудия по конкретным уголовным делам, суд разрешает вопросы виновности и наказуемости лица. Для вынесения законного и обоснованного приговора существенное значение имеет качественная досудебная уголовно-процессуальная деятельность. Безусловно, суд имеет определенные процессуальные возможности для эффективного правосудия, но все же досудебная подготовка уголовного дела служит основой судебного воплощения справедливости. Не случайно начиная со второй половины XIX в. постоянно ведутся поиски оптимальной системы органов, задачей которых являлось бы расследование преступлений. При этом наблюдается отказ как от представлений, оцениваемых как устаревшие, не соответствующие духу времени, так и от предложения вернуться к прежнему опыту.

Следует отметить, что история органов досудебного производства по уголовному делу, действовавших на белорусских землях после раздела Речи Посполитой, остается малоисследованной. Статут Великого княжества Литовского 1588 г., отмененный в 1840 г., являлся источником феодального права, и к середине XIX в. его положения не отвечали существующим реалиям. Известно, что до середины XIX в. в России досудебное производство по уголовному делу делилось на предварительное и формальное следствие. В ходе реформ второй половины XIX в. предварительное следствие преобразовалось в дознание, а формальное – в предварительное следствие. Основная идея реформы – отделить судебную власть от административной. Так, в 1860 г. был принят ряд законодательных актов,

которые предусматривали создание должностей судебных следователей.

Ввиду некоторой неопределенности в сфере дознания возникла необходимость создания специализированной полиции для осуществления полицейского розыска и сыска, своего рода оперативно-розыскной деятельности. В связи с этим в 1871 г. были приняты Правила о порядке действий чинов Корпуса жандармов по исследованию преступлений. В своей структуре жандармерия имела не только охранные отделения, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность по политическим преступлениям, но и отделы дознания. Примерно в таком же виде функционировали органы расследования на момент революционных событий 1917 г. Заметим, что судебная реформа 1864 г. на территории Северо-Западного края (так называлась часть Российской империи, в которую входили белорусские земли) в своем завершенном виде стала действовать лишь спустя 20 лет, что было связано с необходимостью подготовки юридических кадров, но главное – с упрочением русского языка как государственного. И все же органы досудебного производства были реорганизованы раньше судов.

Осенью 1917 г. на неоккупированной части Беларуси была установлена советская власть и создан высший орган власти – Исполнительный комитет Советов рабочих, солдатских и крестьянских депутатов Западной области и фронта (Облиском-зап) [1, с. 11–15, 52–55]. В этот период продолжала функционировать милиция, созданная Временным правительством, которое демократизировало организацию и деятельность полиции, дав ей новое название – народная милиция. К концу 1918 г. ее формирование завершилось [2, с. 21–22].

В первые годы советской власти дознание, оперативно-розыскная деятельность и предварительное следствие были распределены между различными ведомствами. Дознание и оперативно-розыскную деятельность осуществляли админи-

стративные органы, а предварительное следствие – суды, причем постоянно велись поиски, как приспособить досудебную деятельность по уголовным делам к новым условиям. Надо учитывать, что первые декреты советской власти, стремившейся упразднить всю старую систему органов расследования, почти не действовали в Беларуси ввиду продолжительности военных действий на ее территории.

Воздействие законодательства России на правоприменительную практику Беларуси всегда было существенным, особенно в первые годы советской власти. Такое отношение к законодательству РСФСР было заложено в Декрете Президиума ЦИК СССР от 21 января 1922 г., который установил, что все постановления и распоряжения СНК РСФСР, признаваемые по союзному договору между РСФСР и СССР от 16 января 1921 г., обязательны для Беларуси, а все декреты, постановления ВЦИК, его Президиума и СНК РСФСР обязательны для Беларуси только в том случае, если они подтверждены в установленном порядке и опубликованы¹.

В 1922 г. принят Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР [3, с. 187–230], действие которого было распространено и на Беларусь. В статье 23, разъяснявшей употребляемые в кодексе термины, под словом «следователь» понимались народные следователи, следователи, состоящие при Советах народных судей и революционных трибуналах, военные следователи, следователи по важнейшим делам при Наркомате юстиции. Положение о судостроительстве Социалистической Советской Республики Белоруссии от 30 марта 1923 г.² предусматривало выделение в рамках данной должности двух категорий: 1) народные следователи при следственных участках; 2) народные следователи при отделе прокуратуры Наркомата юстиции. Образование следственных участков и назначение народных следователей на должность производились Высшим Судом республики. Следователи по важнейшим делам назначались, перемещались и отстранялись отделом прокуратуры Наркомата юстиции.

В 1924 и 1926 гг. произошло расширение территории Беларуси. К ней отошли некоторые уезды и волости Витебской, Смоленской, Гомельской губерний. На этих территориях были созданы управления милиции и уголовного розыска. Постановлением ЦИК и СНК БССР от 3 ноября 1924 г. было утверждено Положение о Народном комиссариате внутренних дел БССР [4, с. 417–423], согласно которому управления милиции и розыска объедини-

лись в Управление милиции и уголовного розыска, включающий отдел милиции и отдел уголовного розыска. После принятия 10 июля 1934 г. Постановления ЦИК СССР и образования общесоюзного НКВД³ в составе НКВД СССР было образовано Главное управление рабоче-крестьянской милиции.

Ведомственным актом НКВД СССР в 1940 г. учреждены должности следователей и старших следователей милиции, хотя в Уголовно-процессуальном кодексе о следователях милиции не упоминается. К середине 1960-х гг. в Беларуси сложилось три самостоятельных следственных аппарата: в прокуратуре, органах внутренних дел и органах государственной безопасности.

В последующем поиски наиболее оптимальной модели системы органов предварительного следствия не прекращались. К уже существующим органам предварительного следствия, вопреки Концепции судебно-правовой реформы (принята Верховным Советом Республики Беларусь 23 апреля 1992 г.⁴), предусматривающей образование единого самостоятельного и независимого следственного аппарата, дополнительно были учреждены органы финансовых расследований Комитета государственного контроля Республики Беларусь. И только к концу 2011 г. в связи с изданием Президентом Республики Беларусь Указа от 10 ноября 2011 г. № 518 «Вопросы Следственного комитета Республики Беларусь» и Закона Республики Беларусь от 13 июля 2012 г. № 403-З «О Следственном комитете Республики Беларусь» были образованы органы Следственного комитета, при этом следственный аппарат в органах государственной безопасности сохранился.

Статус следователя в современном уголовном процессе – объект постоянных дискуссий как среди теоретиков, так и практикующих юристов. Согласно ч. 1 ст. 36 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь 1999 г. (далее – УПК РБ) следователь – это должностное лицо Следственного комитета и органов государственной безопасности, которые в соответствии с п. 21 ст. 6 УПК РБ являются органами предварительного следствия. Кроме предварительного следствия, УПК РБ предусматривает также проведение дознания, возложенного на органы дознания и должностных лиц, уполномоченных этим органом, т. е. лиц, производящих дознание (дознавателей). При этом предварительное следствие проводится по всем уголовным делам публичного и частно-публичного обвинения, а производство дознания ограничено сжатыми

¹Собрание узаконений и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства Социалистической Советской Республики Белоруссии. 1922. № 1. Ст. 1.

²Собрание узаконений и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства Социалистической Советской Республики Белоруссии. 1923. № 4. Ст. 40.

³Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства Союза Советских Социалистических Республик. 1934. № 36. Ст. 283.

⁴Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. 1992. № 16. Ст. 270.

сроками, не позднее которых уголовное дело передается следователю.

Возникает следующий вопрос: в какой момент начинается уголовный процесс и как назвать его первую стадию? Согласно ст. 37 УПК РБ с внешней стороны это выглядит следующим образом. На органы дознания и должностных лиц в зависимости от характера преступления возлагаются: 1) прием, регистрация и рассмотрение заявлений и сообщений о преступлении; 2) проведение проверки по заявлениям и сообщениям путем получения объяснения, образцов для сравнительного исследования, истребования дополнительных документов, проверки финансово-хозяйственной деятельности, проведения осмотра (места происшествия, трупа, местности, предметов, документов), освидетельствования, экспертизы, задержания и личного обыска при задержании, эксгумации; 3) осуществление неотложных следственных и других процессуальных действий по уголовным делам; 4) проведение необходимых оперативно-розыскных мероприятий. Решение по заявлению или сообщению в зависимости от ситуации должно быть принято не позднее трех либо десяти суток, а в некоторых случаях этот срок может быть продлен до одного или даже трех месяцев (ст. 173 УПК РБ). По результатам проверки заявления или сообщения принимается одно из следующих решений: 1) о возбуждении уголовного дела; 2) об отказе в возбуждении уголовного дела; 3) о передаче заявления или сообщения по подследственности (компетенции); 4) о прекращении проверки в связи с наличием дела частного обвинения.

Если проверка заявления или сообщения о преступлении показала, что есть достаточные данные, указывающие на признаки преступления, орган дознания выносит отдельный уголовно-процессуальный акт (документ) – постановление о возбуждении уголовного дела. Рассмотреть заявление или сообщение о преступлении и возбудить уголовное дело может также следователь (ч. 7 ст. 36 УПК РБ).

Уголовный процесс на доктринальном уровне принято разделять на отдельные стадии и давать им соответствующее название, хотя УПК РБ не содержит на этот счет никаких правил. С середины XX в. прочно сформировалось мнение, что первой стадией уголовного процесса является возбуждение уголовного дела. Данной точки зрения придерживаются и многие современные авторы. Тем не менее в последние годы в науке наблюдается стремление реформировать данную стадию путем ее переименования либо вообще устранить из уголовного процесса и заменить на деятельность под названием «дознание». Так, применительно к российской юридической практике А. П. Кругликов предлагает изъять из Уголовно-процессуального кодекса РФ нормы, предоставляющие следователю

право проверять заявления и сообщения о преступлении, поскольку он – орган предварительного следствия. Производство же дознания должно остаться прерогативой только соответствующих органов [5, с. 34–36]. Действительно, органы дознания располагают оперативно-розыскными службами, которых нет в органах Следственного комитета, но необходимо учитывать по крайней мере два обстоятельства: 1) взаимодействие органов предварительного следствия и дознания, имеющих в своей структуре оперативно-розыскные службы; 2) отказ следователя принять заявление или сообщение о преступлении подрывал бы представление о правовом государстве. У следователя должно оставаться право принять заявление или сообщение о преступлении, поскольку отказ в этом, особенно во время расследования конкретного дела, противоречил бы предназначению уголовного процесса. То же самое касается и прокурора.

Между тем вопрос о том, когда начинается уголовный процесс, остается открытым. По-видимому, для государства – с момента получения заявления или сообщения о преступлении, а для рядового человека – после установления признаков преступления и вынесения компетентными органами и должностными лицами соответствующего постановления об этом. Интересен и вопрос терминологического характера: как назвать такое постановление – о возбуждении уголовного дела либо о возбуждении уголовного преследования?

Термин «возбуждение уголовного преследования» отсутствует в УПК РБ, но в п. 48 ст. 6 содержится дефиниция, согласно которой «уголовное преследование – процессуальная деятельность, осуществляемая органом дознания, лицом, производящим дознание, следователем, прокурором, частным обвинителем в целях установления факта и обстоятельств совершения общественно опасного деяния, предусмотренного уголовным законом, и совершившего его лица, а также для обеспечения применения к такому лицу наказания либо иных мер уголовной ответственности или принудительных мер безопасности и лечения». Из этой формулировки следует, что уголовное преследование, по сути, отождествляется с досудебным производством по уголовному делу либо даже с уголовным процессом в целом, поскольку сопровождается установлением факта и обстоятельств общественно опасного деяния и лица, его совершившего. Это необходимо для того, чтобы суд применил к лицу меры уголовной ответственности или принудительные меры безопасности и лечения. Необходимо учесть, что в соответствии с ч. 1 ст. 10 УПК РБ и суд, и орган уголовного преследования обязаны обеспечить защиту прав и свобод лиц, участвующих в уголовном процессе. При проведении следственных, иных процессуальных и оперативно-

розыскных действий должны соблюдаться права и законные интересы людей, в отношении которых они осуществляются. Вместе с тем необходимо отличать судебную защиту прав и свобод от юридической помощи, оказываемой адвокатом. Именно в таком направлении развивается современная юридическая наука. В данном контексте суд не относится к карательным органам, хотя и применяет меры уголовной ответственности. Он не осуществляет досудебную уголовно-процессуальную деятельность, а лишь рассматривает жалобы по некоторым наиболее важным вопросам, возникающим в ходе ее проведения. Независимо от того, отождествлять уголовное преследование только с досудебным производством либо с уголовным процессом в целом, термин «уголовное преследование» обладает определенным преимуществом по сравнению с термином «возбуждение уголовного дела». При появлении повода для возбуждения уголовного дела, проверка которого ведет к нахождению основания для возбуждения уголовного дела либо отказа в нем, уголовного дела еще нет. Уголовное дело – документ или множество разнообразных уголовно-процессуальных документов, которые собираются на протяжении всего уголовного процесса. Уголовное дело является результатом уголовно-процессуальной деятельности, а не самой деятельностью. Что касается понятия «уголовное преследование», то оно связано с самим процессом деятельности, документальное оформление которой предполагается. В связи с этим возбудить можно уголовное преследование, а не уголовное дело.

Проблемным является вопрос о том, ведется ли уголовное преследование только в отношении установленного лица, совершившего преступление, либо и в том случае, когда изначально в уголовном процессе нет ни подозреваемого, ни обвиняемого. Из содержания УПК РБ видно, что уголовное преследование осуществляется по следам преступления с целью установления и изобличения лица в совершении преступления и последующего его привлечения к уголовной ответственности. В ч. 1 ст. 27 «Обязанность осуществления уголовного преследования» УПК РБ сказано, что орган уголовного преследования «обязан возбудить уголовное дело в каждом случае обнаружения признаков преступления, принять все предусмотренные законом меры к <...> изобличению лиц, виновных в совершении преступления, и их наказанию, равно как принять меры по реабилитации невиновного».

Изложенное позволяет прийти к выводу, что при наличии в полученном сообщении признаков преступления должно возбуждаться уголовное преследование, а не уголовное дело, которое формируется на протяжении всего уголовного процесса и представляет собой письменно оформленную дея-

тельность по расследованию и рассмотрению факта общественно опасного деяния.

К рассматриваемой проблеме примыкает вопрос о том, какую же функцию в уголовном процессе выполняет следователь. Когда в законодательстве не было четкого разграничения уголовно-процессуальных функций, в науке господствовало мнение об их соединении в деятельности следователя (обвинение, защита и разрешение дела; обвинение и защита; обвинение и разрешение дела) [6, с. 436].

В УПК РБ 1999 г. отмечается: «Функции обвинения, защиты и осуществления правосудия отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо» (ч. 2 ст. 24). Подобная норма также содержится в ч. 2 ст. 15 Уголовно-процессуального кодекса РФ. Однако УПК РБ не относит следователя к стороне обвинения, что, по-видимому, связано с тем, что согласно п. 22 ст. 6 следователь является органом уголовного преследования, а согласно ст. 18 «орган уголовного преследования обязан принять все предусмотренные законом меры по всестороннему, полному и объективному исследованию обстоятельств уголовного дела, собрать доказательства, как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого». Полагать, что уголовное преследование – функция, также нет оснований, поскольку п. 48 ст. 6 УПК РБ расценивает уголовное преследование как процессуальную деятельность, в то время как функция – это направление процессуальной деятельности, ее квинтэссенция.

Необходимо учитывать, что расследование преступлений сопровождается значительными трудностями познавательного характера, возможным противодействием нормальному ходу уголовного процесса со стороны обвиняемого, а также лиц, по тем или иным причинам заинтересованных в этом. Главная задача следователя – собрать обвинительные доказательства. Иногда поиски обвинительных доказательств приводят к получению оправдательных доказательств, но это происходит попутно, не целенаправленно. Не следует забывать и о процессуальных возможностях защитника по осуществлению процесса доказывания.

Осуществление следователем уголовного преследования служит способом фактической реализации функции государственного обвинения, принадлежащей прокурору, которая, в свою очередь, является разновидностью функции прокурорского надзора. Следователь осуществляет функцию обвинения независимо от того, сужаются или расширяются его процессуальные полномочия. Главная задача следователя – собрать обвинительные доказательства. Функция обвинения, осуществляемая следователем, заканчивается вместе с передачей уголовного дела прокурору для направления в суд.

Библиографические ссылки

1. Круталевич ВА. Очерки истории государства и права Беларуси. 2-е издание. Минск: Право и экономика; 2009.
2. Вишневикий АФ. Организация и деятельность милиции Беларуси. 1917–1940 гг. Историко-правовые аспекты. Минск: Тесей; 2000.
3. Гусев ЛН, составитель, Голунский СА, редактор. История законодательства СССР и РСФСР по уголовному процессу и организации суда и прокуратуры (1917–1954 гг.): сборник документов. Москва: Государственное издательство юридической литературы; 1955.
4. Бибилон ВН, составитель. Белорусское законодательство о суде, прокуратуре, адвокатуре и органах охраны общественного порядка (1919–1991). Минск: ГИУСТ БГУ; 2011.
5. Кругликов АП. Следователь – орган предварительного следствия в современном уголовном процессе России. *Российская юстиция*. 2017;7:34–36.
6. Бибилон ВН. Проблемы юриспруденции: избранные труды. Минск: Право и экономика; 2010.

References

1. Krutalevich VA. *Ocherki istorii gosudarstva i prava Belarusi* [Essays on history of state and law of Belarus]. 2nd edition. Minsk: Pravo i ekonomika; 2009. Russian.
2. Vishnevsky AF. *Organizatsiya i deyatel'nost' militsii Belarusi. 1917–1940 gg. Istoriko-pravovye aspekty* [Organization and activity of militia of Belarus. 1917–1940. Historical and legal aspects]. Minsk: Tesey; 2000. Russian.
3. Gusev LN, compiler, Golunskii SA, editor. *Istoriya zakonodatel'stva SSSR i RSFSR po ugovnomu protsessu i organizatsii suda i prokuratury (1917–1954 gg.)* [History of legislation of the USSR and RSFSR on criminal procedure and organization of court and prosecutor's office (1917–1954)]. Moscow: Gosudarstvennoe izdatel'stvo yuridicheskoi literatury; 1955. Russian.
4. Bibilo VN, Gusev LN, compiler. *Belorusskoe zakonodatel'stvo o sude, prokurature, advokature i organakh okhrany obshchestvennogo poriyadka (1919–1991)* [Belarusian legislation on the court, the prosecutor's office, advocacy and the bodies of public order maintenance (1919–1991)]. Minsk: GIUST BSU; 2011. Russian.
5. Kruglikov AP. The investigator of preliminary investigation in modern criminal procedure of Russia. *Russian justice*. 2017;7:34–36. Russian.
6. Bibilo VN. *Problemy yurisprudentsii: izbrannye trudy* [Jurisprudence issues: selected works]. Minsk: Pravo i ekonomika; 2010. Russian.

Статья поступила в редколлегию 04.06.2018.
Received by editorial board 04.06.2018.

УДК 341:342

THE RULE OF LAW PRINCIPLE IN THE CONSTITUTIONAL CASE LAW OF THE FORMER COMMUNIST COUNTRIES: THE DECISIONS ON TRANSITIONAL JUSTICE AND EUROPEAN INTEGRATION

DI GREGORIO ANGELA^a

^aUniversity of Milan, 7 via Conservatorio, Milan 20122, Italy

The purpose of this paper is to check how the rule of law principle is interpreted in the constitutional case law of the Central and Eastern European Members of the European Union. The goal of this research is twofold. First, these are countries that have experienced a communist past, during which the conception of the rule of law, although not absent, assumed different contents compared to those typical of the Western legal tradition. Second, a survey on the jurisprudential interpretation of the main constitutional values, in this case the rule of law, helps to clarify the cultural and value context of these countries. Considering the heavy rule of law crisis, which took place in Hungary and Poland in recent years, this recognition is particularly important in order to avoid cumulative judgments that could devalue the former communist countries in general, trivializing the harsh path of democratic conditionality that has assisted them in the European application process.

Key words: transitional justice; rule of law; european integration; former communist countries.

Образец цитирования:

Ди Грегорио Анжела. Принцип верховенства права в конституционной юриспруденции бывших коммунистических стран: решения о правосудии переходного периода и европейской интеграции. *Журнал Белорусского государственного университета. Право.* 2018;2:84–96 (на англ.).

For citation:

Di Gregorio Angela. The rule of law principle in the constitutional case law of the former communist countries: the decisions on transitional justice and european integration. *Journal of Belarusian State University. Law.* 2018;2:84–96.

Автор:

Ди Грегорио Анжела – профессор сравнительного публичного права.

Author:

Di Gregorio Angela, full professor of public comparative law.
angela.digregorio@unimi.it

ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В КОНСТИТУЦИОННОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ БЫВШИХ КОММУНИСТИЧЕСКИХ СТРАН: РЕШЕНИЯ О ПРАВОСУДИИ ПЕРЕХОДНОГО ПЕРИОДА И ЕВРОПЕЙСКОЙ ИНТЕГРАЦИИ

ДИ ГРЕГОРИО АНЖЕЛА¹⁾

¹⁾Миланский университет, 7 via Conservatorio, 20122, г. Милан, Италия

Подвергается анализу принцип верховенства права в конституционной юриспруденции государств Центральной и Восточной Европы, входящих в Европейский союз. Рассматриваются страны, пережившие коммунистическое прошлое, в ходе которого концепция верховенства права приобретала отличное от западноевропейской правовой традиции содержание. Исследование правового толкования основных конституционных ценностей, в данном случае – верховенства права, помогает прояснить культурный и ценностный контекст этих стран. Тяжелый кризис верховенства права имел место в Венгрии и Польше в последние годы, потому этот обзор особенно важен для того, чтобы избежать общих суждений, которые могут привести к девальвации бывших коммунистических стран в целом и упростить путь демократической условности, которая помогла им в процессе подачи заявок для вступления в Европейский союз.

Ключевые слова: переходное правосудие; верховенство права; европейская интеграция; бывшие коммунистические страны.

Objectives and methodology

In the last seven years, the rule of law narrative has been predominant in the European constitutional law literature. Although the discourse on this topic risks being both used and abused¹, a study of the interpretation of the rule of law principle by the constitutional courts of the former communist members of the EU could be useful in order to highlight the value and cultural context of these countries.

In fact, although there is a general awareness of a deterioration in the state of health of the rule of law (and of democracy and human rights) in Hungary and Poland, it should be underlined that in other former communist countries, because of the support of the constitutional courts, this principle is quite firmly protected. These countries also represent an interesting case of innovation in the field of comparative law, because of aspects such as the emphasis on the rule of law in their constitutions, the influence of German

legal doctrine and case law², the rich academic debate on fundamental principles, and an extensive constitutional jurisprudence on these principles³. In addition, the examination of constitutional case law helps us to reflect on the fact that the protection of the rule of law is, above all, a matter internal to the EU member states. Yet, notwithstanding the influence of the Western European models, there are many cultural differences among the “old” and the “new” EU member states, because of a delayed and autochthonous path of constitutionalism in the latter.

The attitude of the constitutional courts to the rule of law is an old issue⁴, but it is periodically explored anew, especially in times of transition or crisis⁵. The role of the constitutional courts of the former communist countries in the explanation of the principle is particularly important for two main reasons. First, these courts give an accurate definition of a principle

¹This topic is very complex and is connected with that of the democratic nature of the state and of the EU. Please refer to G. Palombella, “Beyond Legality—Before Democracy. Rule of Law Caveats in the EU Two-Level System”, in C. Closa and D. Kochenov (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* (Cambridge University Press 2016) p. 36.

²A. F. Tatham *Central European Constitutional Courts in the Face of EU Membership. The Influence of the German Model in Hungary and Poland* (Martinus Nijhoff Publishers 2013).

³See for example J. Sovdat (ed.), *Conference proceedings / International Conference Constitutional Court of the Republic of Slovenia - 25 Years, Bled, Slovenia, June 2016* (Constitutional Court of the Republic of Slovenia 2016), at www.us-rs.si/media/zbornik.25.let.pdf, visited 30 May 2018. Please refer also to the reports published in R. Albert, D. Landau, P. Faraguna, and S. Drugda (eds.), 2016 *Global Review of Constitutional Law*.

⁴See, for example, the conference organised in 1994 by the Council of Europe on “The Role of the Constitutional Courts in the Consolidation of the Rule of Law”, Bucharest, 8–10 June 1994. Proceedings at [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1994\)010-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1994)010-e), visited 30 May 2018.

⁵This is evidenced by the subject of the Vilnius 4th Congress of the Constitutional Justice Conference, which was precisely “The Rule of Law and Constitutional Justice in the Modern World”. The focus of the conference was quite explicit in this regard, with particular reference to the countries of Central and Eastern Europe. Please refer to www.wccj2017.lt/data/public/uploads/2016/09/questionnaire-wccj-ga2016005-e.pdf, visited 30 May 2018. The topic of the Batumi XVIIth Congress of the European Constitutional Courts (“Role of the Constitutional Courts in Upholding and Applying the Constitutional Principles”) was not very different; see www.confconstco.org, visited 30 May 2018.

that is vague and rarely defined in constitutions⁶. Second, in countries that have experienced authoritarian rule, the constitutional courts contribute to the creation of distance from the previous legalistic, positivist, and ideological legal interpretations. In the new constitutions, the principle of the rule of law is explicitly emphasized⁷, as already mentioned, and it is considered to be a directly applicable principle capable of invalidating acts that are inconsistent with it⁸.

The topic is very broad, which means that an assessment must be made mainly on the basis of some aspects or phases of the case law. Having examined a large number of decisions, we decided to focus on those concerning two aspects: the issues of transitional justice (which prevailed during the long phase of the transition to democracy but are still present), and the European legal issues (the rule of law as it appears in the relationship between domestic and EU sources of law⁹, or the rule of law as a legitimation or a limit on the penetration of European law)¹⁰.

These are two particularly important issues to clarify the relevance of the rule of law discourse for the development and consolidation of a new democratic legal system. The link between the two issues is not accidental; both the genesis of the new democratic order

and the attitude to be taken towards the previous one from one side, and the limitation of state sovereignty in order to be integrated into the community design on the other, have challenged the principle of the rule of law. It was therefore up to the constitutional courts to define the value identity of the new democratic order. In both cases we are talking about issues that are still current. If the path of European integration is a work in progress and the clashes between national and the EU legal systems occur periodically, the relationship with the past also proves to be still painful. In both cases, the rule of law parameter serves to justify certain legislative choices and favour certain values compared to others.

We will not discuss in detail the different sub-principles or aspects of the rule of law in the constitutional jurisprudence¹¹. Such an approach could be useful and understandable for the old democracies, while for the new ones one should more carefully reflect on aspects linked to the transformation of the legal culture. Thirty years after the transition to democracy for the former communist countries the question of values and their solidity is still relevant, if we consider that the questioning of certain values threatens to undermine the very foundations of European integration.

Constitutional characteristics of the former communist countries

The countries of Central and Eastern Europe share a common history dating back to the period prior to their birth as states, when they were stateless nations within the Austro-Hungarian, Ottoman, and Tsarist multinational empires. This part of Europe has experienced in its history different transitions between different political systems, which also included complex

processes of state building and restructuring, and this explains the high sensitivity to the issues of sovereignty and constitutional identity.

Some of these countries enjoyed experiences of parliamentarianism and the rule of law within the Austro-Hungarian empire and then, in the period between the two world wars, they lived an important season of

⁶The rule of law is a collection of principles rather than a single principle, as evidenced by the literature and by the Rule of Law Check-list of the Venice Commission, available at [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf-file=CDL-AD\(2016\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf-file=CDL-AD(2016)007-e), visited 30 May 2018. Please refer to A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Macmillan 1885 and subsequent editions); B. Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory* (Cambridge University Press 2004); P. Costa and D. Zolo (eds.), *Rule of Law: History, Theory and Criticism* (Springer 2007); M. Sellers and T. Tomaszewski (eds.), *The Rule of Law in Comparative Perspective* (Springer 2010); M. Krygier, 'Rule of Law', in M. Rosenfeld and A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2015) p. 233–249; A. Di Gregorio, 'Lo stato di salute della rule of law in Europa: c'è un regresso generalizzato nei nuovi Stati membri dell'Unione?', 2016 DPCE on-line p. 173–202.

⁷Unlike the older European constitutions, which do not emphasise the principle even though some of them (the German, Spanish, Finnish, Portuguese, Swedish, and Swiss constitutions) make provision for it, as does the US Constitution.

⁸In several cases, the acts or provisions that were challenged were repealed because they were inconsistent either solely with the principle of the rule of law or most importantly with this principle. This happened, for example, in Slovakia, Romania, Bulgaria, Lithuania, and Poland.

⁹Please refer to the Venice Commission Rule of Law Check-list of 2016 (*supra* n. 6), especially point 48. "The principle of the Rule of Law does not impose a choice between monism and dualism, but *pacta sunt servanda* applies regardless of the national approach to the relationship between international and internal law. At any rate, full domestic implementation of international law is crucial. When international law is part of domestic law, it is binding law within the meaning of the previous paragraph relating to supremacy of law (II.A.2). This does not mean, however, that it should always have supremacy over the Constitution or ordinary legislation". Please refer also to D. Zalimas, "The openness of the constitution to international law as an element of the principle of the rule of law", in Sovdat, *supra* n. 3, p. 141 ff.

¹⁰T. Evas, *Judicial Application of European Union Law in Post-Communist Countries. The Cases of Estonia and Latvia* (Ashgate 2012); M. Bobek (ed.), *Central European Judges Under the European Influence: The Transformative Power of the EU Revisited* (Hart 2015).

¹¹Among the components of the rule of law that are most often highlighted by the constitutional courts of the countries examined are: legal certainty (by far the most used principle), legality, confidence in law and legitimate expectation, predictability of legal acts, non-arbitrariness, and non-retroactivity. From a substantive point of view, the most emphasised are the purposes of the use of the power and substantive justice. A detailed overview of these aspects is included in the questionnaires that the constitutional courts have prepared for the conferences in Batumi and Vilnius mentioned above. Please refer to the websites, *supra* n. 5.

constitutionalism¹². At the end of the socialist system of government, there was a complex transition to democracy that took place on different levels, including the constitutional one: “learning democracy, moving from dirigism to market economy, avoiding nationalist temptation and, first of all, integrating into Europe: here is an almost superhuman task for countries that are bloodless, demoralized, impoverished”¹³.

The first decade after 1989 was characterized by the learning of democracy. Towards the end of this period, the construction of a new society and new democratic political system took precedence over the destruction of the old system, with the emergence of a new pluralis-

tic political culture. The countries in question entered the Council of Europe and adopted new constitutions characterized by the influence of Western models but also of national traditions. The second period (2000–2004) was characterized by the intensification of the preparations to enter the European Union, which also included a series of constitutional amendments (special provisions to allow the limitation of sovereignty were introduced, and the relationship between sources of domestic and international law was clarified). The period after joining the EU was characterized by the strong impact of the economic and migratory crisis that also affected the institutional system.

Transitional justice and the rule of law. A formal or material conception of the rule of law

At the time of the collapse of the socialist regime, all the countries of Central and Eastern Europe adopted a series of measures aimed at reckoning with the past, focusing especially on the political-administrative purges. In particular, they needed a new ruling class not compromised with the past and demonstrating a “democratic loyalty” like in the German experience of *wehrhafte* or *streitbare Demokratie*¹⁴. They introduced the so-called “lustration”, namely the removal from high public positions of former members of the communist party and/or – more frequently – of the former officials and collaborators of the secret services, who were perceived as particularly hateful for their covert surveillance activity during the communist regime. The reasons for adopting the lustration legislation and the results of its application vary from country to country¹⁵. Another important transitional justice measure has been the reopening of the statute of limitations. The Council of Europe, to which the former communist countries were gradually admitted, also dealt with these issues, through a series of guiding principles and criteria elaborated by the Parliamentary Assembly, a series of judgments of the Court of Strasbourg, and the opinions of the Venice Commission¹⁶.

In all the former communist countries, constitutional courts have dealt with various aspects of the measures to come to terms with the past, and have

influenced the political agenda on the subject – sanctioning, correcting, or endorsing the choices of the legislator. Many of them used the rule of law parameter to adjudicate these measures, especially but not exclusively at the beginning of their activity. Particular examples of this are seen in the decisions concerning the reopening or removal of statutes of limitation for offences committed during communist regimes (or in wartime, in the case of Croatia) or concerning lustration¹⁷ and restitution of property.

Here we can distinguish three different attitudes. At one end of the spectrum, some courts have expressed a rigidly material-, content-, and value-oriented interpretation of the rule of law. These are the Czechoslovakian and the Czech Constitutional Courts¹⁸, which bring to mind the similar natural law orientation of the German courts in relation to the crimes of the Nazi and communist past. At the other extreme, there are constitutional courts that have adopted a highly legalistic attitude, characterized by a formalistic view of the rule of law (the Hungarian and Polish Constitutional Courts). The Croatian Constitutional Court is in the middle (if the 2015 Hypo case is taken into account), as too are the Romanian and Bulgarian Constitutional Courts, which have criticised retrospective measures by using a mixture of a formal and a material conception of the rule of law.

¹²B. Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions de l'Europe Nouvelle* (Delagrave 1928 e 1930); Id. *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, (Marcel Giard 1931); G. Burdeau, *Il regime parlamentare nelle Costituzioni europee del dopoguerra* (Edizioni di Comunità 1950); A. Giannini, *Le Costituzioni degli Stati dell'Europa orientale* (Istituto per l'Europa orientale 1929).

¹³F. Fejtö, *La fine delle democrazie popolari* (Mondadori 1994) p. 5.

¹⁴On this subject, please refer to A. Di Gregorio, *Epurazioni e protezione della democrazia. Esperienze e modelli di “giustizia post-autoritaria”* (FrancoAngeli 2012).

¹⁵We can distinguish different models, more or less strict. Please refer to W. Sadurski, “Decommunisation”, “Lustration”, and *Constitutional Continuity: Dilemmas of Transitional Justice in Central Europe*, EU Working Papers, Law, No. 2003/15; K. Williams, A. Szczerbiak, B. Fowler, “Explaining Lustration in Eastern Europe: A post-communist politics approach”, 12 *Democratization* (2005); R. David, “From Prague to Baghdad: Lustration Systems and Their Political Effects”, 41 *Government & Opposition* (2006).

¹⁶A survey of the European documentation is available in Di Gregorio 2012, supra n. 14, p. 450–465.

¹⁷In most cases, they have invalidated all or part of the lustration legislation. Only the Czechoslovak and Czech constitutional courts have endorsed the legislatures’ choices without major conditions.

¹⁸The Constitutional Court of Slovakia also embraces a material conception of the rule of law, not in transitional justice issues but in dealing with the autonomy of the judiciary.

A strictly substantive interpretation of the rule of law. The Czech case. The Czech Constitutional Court is certainly the one that has displayed the most consistent interpretation of the rule of law. There are cultural reasons explaining this position, such as the traditions of the first Czechoslovak Republic, the influence of German jurisprudence, and the strong desire of the Court to distance itself from the interpretation of the law of the communist period. The Court not only expresses a material view of the rule of law, but also does not deny the relevance of the formal rule of law and, at the same time, disagrees with a formalistic interpretation of the law that could lead to sophisticated justifications for an obvious injustice (III. ÚS 127/96). The coherence of this Court has never failed, so much so that the first decision adopted in plenary session is still considered to be a landmark of constitutional law and is periodically recalled. From this milestone, the following case law and the current interpretation of the rule of law – and of other fundamental principles – derive, uniting the rule of law with democracy as foreseen in Article 1, paragraph 1 of the Constitution (“democratic state governed by the rule of law”)¹⁹.

This is the judgment of 21 December 1993 (Pl. ÚS 19/93) on the verification of the “Act on the lawlessness of the communist regime” which included criminal law measures, namely the recalculation of the statute of limitations for crimes committed between 1948 and 1989 that were not pursued for political reasons. The Court considered the law to be consistent with the Constitution, criticising the constitutional neutrality over values, which would be associated with positivism and a “legalistic conception of political legitimacy”²⁰.

The Court dwelt on a complex disquisition on the rule of law principle, refusing to accept a formal definition of legality or to merge legality with legitimacy, the latter notion being contingent on the democratic character of the state (“a political regime is legitimate if accepted as a whole by the majority of citizens”); the fact that some laws from before 1990 continued to be in force did not mean that the old regime was given

legitimacy: “Although there is continuity of “old laws” there is discontinuity of values with the values of the old regime”. According to the Court, the suspension of the statute of limitations was legitimate, as during the communist period the law was only a tool of the regime. In other words, the Act that was being examined deemed that the statute of limitations was fictitious in the communist period, and carried out an *ex post* suspension of the limitation period. The Court’s discourse in this decision went beyond the case under consideration, giving a broad lecture on constitutional history – with reference to Central Europe between the two World Wars – and on constitutional law, as well as serving as an almost militant ideological break with the past. The Court intended to differentiate its material discussion of the rule of law from the formal and legalistic one that had allowed the emergence of totalitarianism²¹.

With regard to the subsequent case law on transitional justice, there are many cases that reiterate the same conception of values and of regime discontinuity and recall the first plenary judgment of 1993. We may mention, among the best known of these: judgment Pl. ÚS 9/01 of 5 December 2001, in which the Court ruled on the extension of the lustration law (where the focus was on the loyalty of public officials to the values of democracy)²²; judgment I. ÚS 420/09 of 3 June 2009, in which the Court mentioned, in order to distance itself from it, the positivist position of Weyr, a well-known constitutionalist of the first Republic and a member of the Kelsen school of the pure theory of law; and judgment I. ÚS 517/10 of 15 November 2010, in which the Court again recognised the importance of clarifying the past of public officials²³.

Two cases from 2016 are also worth mentioning. The first was decided by judgment I. ÚS 3964/14 of 13 June 2016, in which the Court censured the formalistic behaviour of the ordinary courts, which had refused to accept the applicant’s request for compensation for the property lost by her grandmother following the assignment of Subcarpathian Ruthenia to the USSR. The refusal had been based on the application

¹⁹On the possibility of conflict between these two values given their different vocation, see P. Rychetský, “The role of the Constitutional Court in strengthening the rule of law in the Czech Republic”, in Sovdat, *supra* n. 3, p. 157.

²⁰The decision is placed in continuity with the judgment of the Constitutional Court of the Czech and Slovak Federal Republic (Pl. ÚS 1/92) on the Czechoslovak lustration act, which explained why the communist legal order could not be considered “legitimate” even though it was “legal”. The basis of the reasoning of both the Czechoslovak and the Czech Constitutional Courts is the so-called “theory of values” which, being different in the communist and democratic legal order, fill the same legal institutions (such as the principles of legal certainty or equality) with different and opposing content. Therefore, the contested act, which implied new values, should not be interpreted as a measure of discrimination against certain categories of persons, as it merely set out, for the future, certain further requirements for the exercise of functions considered to be decisive, or for access to those functions.

²¹As the Court pointed out, Klement Gottwald succeeded, in the coup of February 1948, in legitimizing the seizure of power through formal respect for constitutional procedures.

²²For a general comment on the case law on lustration, see D. Kosař, “Lustration and Lapse of Time: “Dealing with the Past” in the Czech Republic”, 4 *European Constitutional Law Review* (2008), p. 460.

²³In this case, it was necessary to check whether a judge had been affiliated with the communist party of the former Czechoslovakia as a prerequisite for possibly asking for and deciding on his recusal. The Court considered that such membership could affect the judge’s decision-making process, because the system of values of the members of the communist party was different from the values of a modern democratic state based on the rule of law (because they included an extreme formalism and legalism, a simple cognitive model of legal interpretation, and a simplistic conception of the sources of law).

of a 1959 decree. In this case, the Court reiterated the necessity for the discontinuity of values and outlined the duty of the courts to reflect on the modern concept of the material rule of law. The Court underlined the necessity of interpreting restitution norms in light of their sense and their purpose of alleviating the wrongs caused by the previous illiberal regimes²⁴. In decision I. ÚS 3943/14 of 2 August 2016, the Court dealt with the restitution of confiscated property to the family of a Jewish citizen who had been exterminated in the concentration camps (the property had been requisitioned first by the Third Reich and then by the communists as German property). In this case, the Court even mentioned the Radbruch formula, testifying to its adherence to the material vision of the rule of law in which in certain circumstances substantive justice prevails over legal certainty²⁵.

A formalistic view of legal certainty by the Hungarian Court, with recent developments. As far as Hungary is concerned, it is explicit in both the old amended Constitution (preamble and Article 2) and the new Fundamental Law (Article B.1) that Hungary is a democratic state based on the rule of law. In both constitutional phases, the Constitutional Court interpreted the principle, but the interpretations are partially different because the 2011 Fundamental Law adopts an attitude that is based on a discontinuity of values.

In the first period after the transition to democracy, the Constitutional Court mostly opted for a formalistic view of the rule of law²⁶. The most important in this regard is decision no. 11/1992 of 5 March 1992, in which the Court examined the reopening of the limitation period under the Act of 4 November 1991. The particular intention of the challenged Act was to punish those who had been involved in the suppression of the 1956 revolution. President Göncz refused to sign

the law, sending it to the Constitutional Court, which declared it unconstitutional particularly because of its unacceptable vagueness: the expression “on political reasons”²⁷ was not sufficiently clearly defined to cover a period of more than 40 years.

The Court based its decision on a particular conception of the rule of law: in a constitutional state, “not only the legal provisions and the actions of the state organs must be strictly in conformity with the Constitution, but the values of the Constitution and its conceptual culture must penetrate the entire society”. Since the transition to democracy had taken place in a legal way, there should be no distinction between acts approved before and acts approved after the new Constitution²⁸. On this basis, the Court applied the principle of legal certainty, a fundamental requirement of the rule of law, by holding that the contested Act was lacking in that regard²⁹. According to the Court, the Constitution did not and could not confer a right to substantive justice: “reference to historical situations and the requirement of justice of the rule of law could not be used to set aside legal certainty as a basic guarantee of the rule of law”. It therefore considered it impossible to appeal to “the unique historical circumstances of the transition”, and refused to suspend the constitutional requirements on the basis of the exceptional nature of the circumstances that would, according to its authors, justify the Act. In emphasising “procedural” over “substantive” justice, the Court urged the parliament to reconcile the need for justice with the formal requirements of legality³⁰.

This decision was acclaimed within the foreign literature, which identified the Court’s discourse with the idiom of liberal constitutionalism and of a “civilized” rule of law state, in opposition to an apparently vindictive and populist parliament³¹. This is only one

²⁴Before this, in 2015, the Court had dealt with a similar case in the judgment I. ÚS 1713/13 of 23 February 2015, which concerned procedural issues for the exercise of a claim for compensation for property left in Subcarpathian Ruthenia. According to the Constitutional Court, the formalistic tendency of the courts would prevent appeals against administrative acts, to the detriment of the applicant.

²⁵Recalling the position of the Czech Constitutional Court on the relationship between law and justice and between formal and material rule of law, the president of this court also refers to the Radbruch formula. See Rychetský, *supra* n. 19, p. 158–160. Another recent decision regarding transitional justice in which the Court continued to be consistent with its past case law is the Pl.ÚS 3/14 of 20 December 2016.

²⁶P. Paczolay, “The Hungarian Constitutional Court’s efforts for legal certainty”, in Sovdat, *supra* n. 3, p. 168, referring in general to the Hungarian constitutional case law, states that this Court “interpreted legal certainty both from its substantial and procedural aspect. However, the Court was criticized for giving priority to formal-procedural elements in case of conflict...The Court was firm in underlying that the basic guarantees of rule of law cannot be set aside by reference to historical situations and to justice...”. Following Paczolay, the focus on the formal aspect of the rule of law was very relevant “in changing the former socialist patterns of legislative activity”.

²⁷The time limits for the limitation period should have begun to run again on 2 May 1990 for crimes of betrayal, voluntary murder, and the infliction of wounds that caused death, but only in cases in which the “state failure to prosecute these crimes was based on political reasons”.

²⁸This was also valid because, in the Hungarian case, there was not formally a new constitution until 2011, and therefore there was a greater sense of legal continuity.

²⁹Legal certainty, based on objective and formal principles has priority over justice that is partial and subjective at all times’.

³⁰For a non-positivist view of the principle, see Judge Sólyom’s concurring opinion in decision no. 23/1990 (on the death penalty), to which one may add the ‘invisible constitution’ doctrine. A. Sajó, “Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary”, 15 *Oxford Journal of Legal Studies* (1995) p. 253.

³¹For example, S. Zifcak, “Hungary’s Remarkable, Radical, Constitutional Court”, 3 *Journal of Const. Law in Eastern and Central Europe* (1996) p. 1.

of the many decisions in which the Court curbed the efforts of the centre-right majority to punish former communists. The Czech approach was completely opposite: because the limitation periods were part of a deliberate practice of illegality, one could not appeal to their legality to comply with them.

For the Hungarian Constitutional Court, legal certainty is the fundamental core of the rule of law (see also decisions nos. 56/1991 and 9/1992), from which procedural safeguards, such as the nonretroactive nature of laws and *vacatio legis*, derive³². Legal certainty was the principle applied by the Court in the early years also, in order to give strong protection to social rights (see decisions nos. 43/1995, 44/1995, 45/1995, and 56/1995), to the point where the Court was accused of rediscovering socialism³³.

After the entry into force of the 2011 Fundamental Law, the formal interpretation of the principle has continued to be crucial in the Hungarian case law³⁴, although the new constitution seems to have switched to a substantive or material version of the rule of law. In fact, the Fundamental Law no longer pursues formal neutrality in values, because Article U states that a sense of justice in society must be ensured “by making possible the retroactive prosecution of politically motivated crimes committed and not prosecuted during the communist regime”³⁵. Article U also provides for collective responsibility, the disclosure of the personal data of former communist leaders, the reduction of these leaders’ pensions, and the non-expiry of the statute of limitations for serious crimes committed during communism in the name of the party-state.

The Hungarian Constitutional Court tried to switch to a more substantive discussion of the rule of law in decision no. 45/2012 (XII. 29), “On the unconstitutionality and annulment of certain provisions of the transitional provisions of the Fundamental Law of Hungary”. The Court stated that if the constitutional provisions were constantly subject to the Court’s scru-

tiny, thus making the constitution uncertain, this was incompatible with the notion of the rule of law. However, the Court emphasised that constitutional legality is not based solely on procedural requirements but also on substantive ones. In this decision, an interesting reference is made to international law (*ius cogens*) enriching the material conception of the rule of law³⁶. In decision no. 61/2011, the Court had also held that international law, including fundamental rights under the European Convention on Human Rights, could form an inalienable part of Hungarian constitutionalism. With reference to international law, both customary and conventional, the Court has thus sought to reconcile the difficult succession of constitutional orders with its loss of power and with the cancellation of the previous case law.

From the above, a paradox is clear in the Hungarian case. Until 2010–2011, neither the constitutional text nor the constitutional jurisprudence explicitly referred to a discontinuity of values between the old and the new regime, even though this discontinuity was implicit in the proclamation and implementation of democratic principles (and despite the “legalistic” view of the Constitutional Court). With the adoption of the Fundamental Law of 2011, the discontinuity of values is used to limit, in fact, the rule of law and the democratic achievements of the post-communist legislatures³⁷. The hypocrisy of the value discontinuity proclaimed in the text is evident; it is a historical nemesis outside time, and therefore “ahistorical”.

An intermediate version of the rule of law: the cases of Croatia and Bulgaria. The Constitutional Court of Croatia also dealt with transitional justice issues, although Croatia did not adopt a lustration law after the transition from communism, particularly because of the imminent threat of war. There are, however, interesting decisions on the restitution of property and the punishment of the criminal activities defined as “war profiteering” and “crimes related to ownership transformation and privatization”. Significant for

³²An attitude similar to the Hungarian one, that is, a formal interpretation of the rule of law, was held by the Polish Constitutional Tribunal both in the decisions concerning the reopening of the statute of limitations (for example the decision of 25 September 1991 case No. 6/91, OTK ZU 1991) and in the best known judgment of 11 May 2007, K 2/07 on the lustration law. On the jurisprudence of the first few years of the Constitutional Tribunal, please refer to Tatham, *supra* n. 2, p. 175 ff.

³³A. Sajó, “How the Rule of Law Killed Hungarian Welfare Reform”, 1 *East European Constitutional Review* (1996) p. 31.

³⁴See, for example, decisions nos. 2/2013, 13/2013, 20/2014, 34/2014, 34/2015, and 1/2017. In decision no. 4/2013, the Court deleted a provision of the criminal code on the public use of totalitarian symbols because it defined the type of conduct subject to criminal sanction too broadly and vaguely. That provision was therefore in breach of the principle of the rule of law and of legal certainty.

³⁵In addition, Art. R, para. 3 of the Fundamental Law stipulates that “The provisions of the Fundamental Law shall be interpreted in accordance with their purposes, the National Avowal contained therein and the achievements of our historical constitution”.

³⁶Constitutional legality has not only procedural, formal and public law validity requirements, but also substantial ones. The constitutional criteria of a democratic state under the rule of law are at the same time constitutional values, principles and fundamental democratic freedoms enshrined in international treaties and accepted and acknowledged by communities of democratic states under the rule of law, as well as the *ius cogens*, which is partly the same as the foregoing. As appropriate, the Constitutional Court of Hungary may even examine the free enforcement and the constitutionalization of the substantial requirements, guarantees and values of democratic states under the rule of law”.

³⁷For a survey of the recent case law, please refer to “Hungary. Developments in Hungarian Constitutional Law”, in *2016 Global Review of Constitutional Law*, p. 77–81.

the purpose of this review is certainly the decision of 24 July 2015 on war profiteering that involves former Prime Minister Ivo Sanader (No. U-III-4149/2014). In this case, generally known as the Hypo and INA-MOL case, with reference to the constitutional amendment of 2010 in which Article 31 was supplemented by a new paragraph 4 that excluded the statute of limitations for a series of serious offences³⁸, the Court tried to balance the formal with the material rule of law. The Court interpreted the new paragraph as allowing, in the future, unlimited time for the criminal prosecution of perpetrators of these crimes, provided that the offences in question were not barred by the statute of limitations on the day of the entry into force of the constitutional amendment (16 June 2010). In this manner, “the Croatian Constitutional Court interpreted the constitutional amendments in accordance with the well-known and accepted legal principles of legal certainty and legality, barring the prolongation of the statute of limitations in cases where it had already expired”³⁹. The ruling was widely criticised, and the Court was accused of politicization.

As far as Bulgaria is concerned, there are many decisions on transitional justice in which the Court deemed the acts under challenge to be contrary to the principle of the rule of law. An example is the decision of 21 January 1999 (judgment no. 02/99), in a case in which a wide-ranging amendment to the Act on Administration adopted in May 1998 was challenged before the Court. The amended Act would have prevented all former senior officials of the communist party, or officers or employees of the security services, regardless of category, from holding senior governmental or public administration offices for five years. The Court, answering an application from a group of deputies, deemed the law to be contrary to the principle of the rule of law (Articles 4, 6.2 and 38 of the Constitution), stating that the guilt and responsibility must be individual and not collective. These lustration provisions were also at odds with a number of international documents and instruments to which Bulgaria was a party.

One of the most interesting decisions is order no. 12 of 13 October 2016 (case 13/2015). The applicant (the Attorney General of the Republic) had challenged an amendment to the criminal code of 2015 that had in-

roduced new cases for which the statute of limitations was completely removed for a series of offences committed during the communist regime, in the same way as for crimes against humanity. The Bulgarian Constitutional Court considered that the retroactive removal of the statute of limitations for crimes committed but not punished under the communist regime was not permissible in light of the constitutional principle of the rule of law. It also considered that the crimes in question could not be assigned to the category of crimes against humanity, as had been argued by the human rights associations.

This decision is different from that of the Czech Constitutional Court of 21 December 1993. At the same time, the position of the Bulgarian Court is not comparable to that of the Hungarian Constitutional Court in the decision of 5 March 1992, because the Bulgarian Court concluded that it was possible, in principle, for the legislature to abolish the statute of limitations for crimes other than crimes against humanity, especially if the crimes were committed during the totalitarian period. However, it censured the way in which the act pursued this goal, because it was in conflict with several elements of the rule of law (there was a lack of clarity or, specifically, the types of crimes or the guilty persons were not well defined, because the wording was indeterminate). Therefore, the Bulgarian Constitutional Court essentially adopted a mixed interpretation of the rule of law, both formal and substantive, and annulled the act being contested solely for the breach of this principle⁴⁰.

The rule of law and limits to European integration.

The Czech and Estonian cases. As regards the EU integration, the democratic conditionality processes were developed precisely in view of the “great” enlargement to Central and Eastern Europe, experimenting mechanisms later applied also to the countries of the Eastern and Mediterranean partnership. The application process was much more complex than the previous ones and placed emphasis on specific issues of democratic compatibility. Apart from the fulfilment of the so-called Copenhagen criteria, there was also the problem of national sovereignty, a principle very much emphasized in the constitutions for reaction to the previous limited or absent sovereignty. However,

³⁸Stating that “The statute of limitations shall not apply to the criminal offences of war profiteering, nor any criminal offences perpetrated in the course of economic transformation and privatization and perpetrated during the period of the Homeland War and peaceful reintegration, wartime and during times of clear and present danger to the independence and territorial integrity of the state, as stipulated by law, or those not subject to the statute of limitations under international law. Any gains obtained by these acts or in connection therewith shall be confiscated”.

³⁹S. Barić, *The Transformative Role of the Constitutional Court of the Republic of Croatia: From the ex-Yu to the EU* (Analitika 2016) p. 19.

⁴⁰A similar approach was held by the Romanian Court, which rejected the draft law on lustration in its entirety in decision no. 820 of 7 June 2010. The Court considered the draft law to be unconstitutional because it breached both Article 1, paragraph 3 of the Constitution on the rule of law, and other constitutional provisions (including those specifying the different components of the rule of law, such as the non-retroactivity of the law, non-discrimination, etc.). In this case, as with the Bulgarian Constitutional Court’s decision on the statute of limitations discussed above, the purpose of the law was not considered wrong, although after so many years it no longer made sense to conduct lustration. Above all, the Court criticized the law’s lack of clarity.

notwithstanding the fear of “sovereignism”, the constitutional practice has averted this danger, not having subjected these countries to more barriers than was the case for the old Union members. Moreover, the new constitutions have been equipped, from the beginning or in subsequent constitutional amendments, to face the impact of external law by providing special clauses for the transfer or delegation of certain sovereign powers and related safeguard clauses. The contribution of these constitutional courts to the debate on national sovereignty and the limits to the penetration of EU law has given rise to interesting developments, although we can notice a sort of paradox in these states desire to defend their fundamental constitutional values while the entry into the EU has been seen just as a guarantee of the continuation of democratic choice⁴¹.

References to a “rule of law state” (or “democratic law-based state” and the like) are recurrent in the case law of the constitutional courts of the new member states when they are dealing with the penetration of European law into domestic law. These references are used mainly to dictate the limits of that penetration (as in some old member states of the EU), but also to justify European integration. The most significant decisions are those of the Czech Constitutional Court and the Supreme Court of Estonia, but some inspiration also comes from the Latvian and Romanian Constitutional Courts. Unlike the decisions on transitional justice issues, the courts in these cases did not consider the rule of law to have been violated.

As regards the Czech Republic, there are many decisions in which the Constitutional Court has taken a stand against European law, seeing limits to its entry into the domestic legal order. In general, one can observe that, except for the Holubec-Landtová case⁴² (whose rationale, as many local scholars have noticed, can be explained in light of the domestic confrontation between the Constitutional and the Supreme Administrative Courts⁴³), the attitude of the Czech Constitutional Court has been favourable to European integration⁴⁴ while setting clear – but reasonable – limits to how far European law can go⁴⁵. Its assessment of legal globalization and its postmodern vision of sovereignty are far more open than those of the German Constitutional Tribunal, which in general has always inspired the countries of the Visegrad group. Moreover, one can consider the opinion of A. Albi to be perfectly understandable; according to this, the fixing of limits should not be considered as an anachronistic and closed sign of a belief in sovereignty, but rather as an attempt to put the focus on individuals and their fundamental rights⁴⁶.

Here we can refer to some well-known decisions in which the Czech Constitutional Court made reference to the democratic state based on the rule of law, but we highlight that these decisions should be read in connection with those regarding the limits on constitutional amendments (the constraints on constitutional amendments and the limits on the penetration of European law coincide, as the Court stated in its judgment on the early termination of the legislature, Pl. ÚS 27/09 of 10 September 2009)⁴⁷.

⁴¹W. Sadurski, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe* (Oxford University Press, 2012), p. 20–209. See also A. Di Gregorio, “Riforme costituzionali ed integrazione europea: il caso dei nuovi membri dell’Est”, 4 *Diritto pubblico comparato ed europeo* (2004) p. 2067–2093.

⁴²Pl. ÚS 5/12 of 31 January 2012.

⁴³J. Komárek, “Czech Constitutional Court Playing with Matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, Slovak Pensions XVII”, 8 *European Constitutional Law* (2012) p. 323; M. Bobek, “Landtová, Holubec, and the Problem of an Uncooperative Court: Implications for the Preliminary Rulings Procedure”, 10 *European Constitutional Law Review* (2014) p. 54; J. Příbáň, “Constitutional Sovereignty in Post-sovereign Jurisprudence of the Czech Constitutional Court: From the Lisbon Judgments to the Landtová Ultra Vires Controversy”, in Bobek 2015, *supra* n. 10, p. 323.

⁴⁴This can especially be seen in the decision about the 5% threshold of the European electoral law. Please refer to H. Smekal and L. Vyhnaněk, “Equal Voting Power under Scrutiny: Czech Constitutional Court on the 5 % Threshold in the 2014 European Parliament Elections: Czech Constitutional Court 19 May 2015, Pl. ÚS 14/14”, 1 *European Constitutional Law Review* (2016) p. 148.

⁴⁵On the topic, in general, see P. Molek, “The Czech Constitutional Court and the Court of Justice: Between Fascination and Securing Autonomy”, in M. Claes, M. de Visser, P. Popelier, C. Van de Heyning (eds.), *Constitutional Conversations in Europe* (Intersentia 2012).

⁴⁶A. Albi, “Erosion of Constitutional Rights in EU Law: A Call for “Substantive Co-operative Constitutionalism”. Parts I and II, 9 (2) and 9 (3)”, *Vienna Journal of International Constitutional Law* (2015) p. 151 and p. 291. By the same author, please refer to “Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of “Co-operative Constitutionalism”, 3 *European Constitutional Law Review* (2007) p. 25 and ‘An Essay on How the Discourse on Sovereignty and on the Co-operativeness of National Courts Has Diverted Attention from the Erosion of Classic Constitutional Rights in the EU’, in Claes, de Visser, Popelier, Van de Heyning, *supra* n. 45.

⁴⁷In this decision, the first one in which the Court considered the constitutionality of a constitutional act, the Court affirmed that the principle of the generality (abstract nature) of the law is an essential requirement of a democratic state based on the rule of law, under Art. 9, para. 2 of the Constitution, and therefore that it is part of the material core of the Constitution. While the legislature may derogate under certain conditions from the principle of the generality of the law, constitutional acts may be adopted for a specific case only in exceptional circumstances (state of war, natural disaster, and other cases not provided for by the Constitution, or a constitutional act on security), in order to protect the material core of the Constitution. The Romanian Constitutional Court, in its decision no. 80 of 16 February 2014, also decided that the principle of the rule of law is implicitly included within the limits of the constitutional amendments under Article 152 of the Constitution. The Constitution Court of Lithuania, in its rulings of 24 January 2014 and 11 July 2014, stated that it is forbidden to adopt constitutional amendments that could be contrary to the international obligations of the country. This is also deduced from the constitutional principles of the rule of law and *pacta sunt servanda*.

In the judgment on the European Arrest Warrant (Pl. ÚS 66/04 of 3 May 2006), there was only limited reference to the rule of law. More explicit was the judgment Pl. ÚS 50/04 of 8 March 2006, the so-called Sugar Quotas III decision, which dealt with the limits and conditions for the penetration of EU law. According to the Court, there are no provisions of international or EU law that could be superior to the Constitution in the Czech constitutional order. Although the Constitution allows for the delegation of certain powers of the Czech authorities to an international organisation, such delegation is only conditional and may only exist “so long as these powers are exercised in a manner that is compatible with the preservation of the foundations of state sovereignty of the Czech Republic, and in a manner which does not threaten the very essence of the substantive law-based state”. According to Article 9, paragraph 2 of the Constitution, the essential attributes of a democratic state governed by the rule of law remain beyond the reach of the constituent assembly itself. The Court again mentioned the first plenary decision Pl. ÚS 19/93 and expressly declared that “in the framework of this Constitution, the constitutive principles of a democratic society are placed beyond the legislative power and are thus *ultra vires* the Parliament... Should, therefore, these delegated powers be carried out by the EC organs in a manner that is regressive in relation to the existing conception of the essential attributes of a democratic law-based state, then such exercise of powers would be in conflict with the Czech Republic’s constitutional order, which would require that these powers once again be assumed by the Czech Republic’s national organs. In the specific case before the Court, however, such a situation was not generally present...”

The discussion of the principle of the rule of law in the first decision on the Lisbon Treaty (Lisbon I), of 26 November 2008, is equally broad⁴⁸. In its petition, the Senate referred to Articles 1 and 9 of the Constitution and therefore to the principle of the rule of law. The Court established that the rule of law is an obstacle to limitations on sovereignty that may lead to a violation of the fundamental principles of the democratic state governed by the rule of law, reiterating the same concepts expressed in its judgment Pl. ÚS 50/04. However, according to the Court, sovereignty today can no

longer be understood as having an absolute nature because it is more a practical notion. In this regard, “the Treaty of Lisbon is consistent with the untouchable principles protected by the Czech constitutional order and European law is based on fundamental human and democratic values, common to and shared by all EU states”. As far as the second decision on the Lisbon Treaty (Lisbon II), of 3 November 2009, is concerned⁴⁹, the group of senators who had filed the appeal envisaged a violation of the principle of the democratic state based on the rule of law, that is, of Article 1, paragraph 1 of the Constitution. However, the Court did not rule on this aspect of the application, considering its previous judgment on the topic sufficiently clear.

The judgment of the Supreme Court of Estonia of 12 July 2012 on the European Stability Mechanism (ESM) is also worthy of consideration⁵⁰. The Supreme Court, although considering that the mechanisms created by the contested provision violated some important constitutional principles including the rule of law principle (which is formally enshrined in Article 10 of the Constitution but is also implicit in other articles, namely Article 1, paragraph 1 and Article 3, paragraph 1), ultimately decided that this violation was not serious. In this case, the reference to the rule of law was used more widely by the applicant and by the dissenting judges than by the Court, which, in the end, did not consider the principle to have been ‘significantly’ violated (a very ambiguous phrase) because it must be balanced with other constitutional principles.

The Court considered that “§ 1(1), § 3(1) and § 10 of the Constitution express the principle of a democratic state subject to the rule of law. The principle of a democratic state subject to the rule of law means that the general principles of law that are recognised in the European legal space are valid in Estonia (judgment of the Constitutional Review Chamber of the Supreme Court of 17 February 2003 in case no. 3-4-1-1-03, point 14)”. The Court linked the principle of the rule of law to the democratic principle (in the same way as the Czech Constitutional Court)⁵¹.

The Court acknowledged that by the ratification of the ESM Treaty, the parliament restricted its own future possibilities, and those of future parliaments,

⁴⁸Pl. ÚS 19/08: Petition from the Senate of the Parliament of the Czech Republic, seeking review of whether the Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community is consistent with the constitutional order of the Czech Republic.

⁴⁹Pl. ÚS 29/09: Petition from a group of senators of the Senate of the Parliament of the Czech Republic for review of the Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community for conformity with the constitutional order.

⁵⁰No. 3-4-1-6-12. The applicant, the Chancellor of Justice, considered Art. 4(4) of the Treaty establishing the European Stability Mechanism, signed on 2 February 2012 in Brussels, to be in conflict with the Constitution.

⁵¹“The principle of democracy is aimed at the legitimacy of the public authority, containing formation, legitimation and supervision of public bodies, and affecting all stages of formation of a political will. The principle of a democratic state subject to the rule of law, on the other hand, governs the content, extent and manner of the functioning of political authority”.

in relation to budgetary actions. The Court recognized these considerations as valid, and noted that the article of the Treaty that was being challenged interferes with the principle of the democratic state subject to the rule of law and the principle of sovereignty that come from the preamble and Article 1 of the Constitution. However, it clearly stated that “the economic and financial sustainability of the euro area is contained in the constitutional values of Estonia as of the time Estonia became a euro area member state” and that, in the 2003 EU entry referendum, the people had already agreed to these subsequent developments (an assertion doubted by the dissenting judges).

Among the most obscure points of the judgment is that the Court considered that the ratification of the Treaty did not interfere *seriously* with some fundamental constitutional principles such as the rule of law and sovereignty but, at the same time, that the measures to implement the Treaty, including the way in which the funds required by the ESM would be paid, could cause

such a violation. For this reason, the Court intended to monitor the implementation measures. Finally, by linking the ESM mechanism to EU law (which seems to be clear from the outset), the Court established *the possibility* that counter-limits/reservations could be triggered⁵².

A comparison between the case law of the two courts suggests that while in the Czech case constitutional values – and the rule of law in particular – constitute an imperative limit both to the limitation of sovereignty and to the constitutional amendments, the Estonian Supreme Court seems to follow a more flexible approach because the need to respect its international commitments can justify some limited violations of the rule of law. In balancing two values equally deserving of protection, in both cases the courts, however, have raised the possibility of activating the counter-limits for possible violations of constitutional values although in the specific cases addressed they did not recognize the risks of a serious breach.

Concluding remarks. The rule of law in a transitional context with its value and identity peculiarities

The constitutional courts of the new EU member states refer broadly to the principle of the rule of law when addressing a wide spectrum of issues. Some believe that the reference to the principle prevailed in the period immediately following the transition to democracy⁵³. Nevertheless, an analysis of more recent case law shows that the rule of law continues to be a point of reference in an extensive series of issues (among them, in analysing the division of powers, and especially the independence of the judiciary).

Apart from the formal aspects of the principle, that is, the features of the law (legal certainty⁵⁴, non-retroactivity, clarity and non-contradiction, proportionality, legitimate expectations), from the substantive point of view, the more sensitive issues, such as those in which the interpretation and analysis of the principle are widely examined, concern two aspects. These

are measures of transitional justice and European integration.

In the first case, the adoption of transitional justice measures has been an attempt, which has perhaps been unsuccessful, to cope with the social need for the cleansing of the communist past but, at the same time, to uphold the principles of the rule of law. The synthesis of these two needs seems to have been almost impossible. As noted by the German dissident Bärbel Bohley, “we were expecting justice, but we got the rule of law”⁵⁵. The main dilemma, as seen in the analysis of the constitutional case law, is the confrontation between different constitutional values. The requirements of “legitimacy” and “legality” have frequently and inevitably resulted in a conflict situation. As the Czechoslovak Constitutional Court, and then the Czech Constitutional Court, considered,

⁵²“...If it becomes evident that the new founding treaty of the European Union or the amendment to a founding treaty of the European Union gives rise to a more extensive delegation of the competence of Estonia to the European Union and a more extensive interference with the Constitution, it is necessary to seek the approval of the holder of supreme power, i.e. the people, and presumably amend the Constitution once again. These requirements are to be considered also if the Treaty leads to amendments to the TFEU and TEU”.

⁵³In the answers to the questionnaire on the Supreme Court of Estonia that was prepared for the 2017 Vilnius Conference (www.wccj2017.lt/data/public/uploads/2017/01/estonia-supreme-court-en.pdf, visited 30 May 2018) p. 7, it is stated that “At present the Supreme Court does not have to deal very often with the questions of whether the state follows the basic requirements arising from the rule of law...it had to address such questions particularly after the Republic of Estonia regained its independence and after the change in the legal order in the 1990s, when the Supreme Court was also re-established. However, the legal order has developed over time and the need for such decisions has gradually decreased”.

⁵⁴In general, the need for legal certainty prevails. This is partly explained by the desire to break away from the past, but also from the mistakes of the new legislatures, and hence, from the shortcomings of legislative drafting.

⁵⁵Reported in A. J. McAdams, “The Honecker Trial: The East German Past and the German Future”, 58 *The Review of Politics* (1996) p. 53. According to Jon Elster, new democracies can solve the dilemma of the contrast between procedural and substantive justice (emphasised by the Radbruch formula in criminal matters) in three different ways: claiming to respect fundamental legal principles; openly agreeing on the necessity, in an unprecedented situation, of violating those principles; or trying to achieve both things. See J. Elster, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective* (Cambridge University Press 2004).

by echoing the German case law⁵⁶, while the principle of legality is based on the idea of the continuity of the state and its laws, the development of democracy would instead require a line of separation between the totalitarian state and its legal system on the one hand and the new democratic state and its legal system on the other. The principles of the rule of law, when a transition to democracy is occurring, could strengthen the position of the positive law, paradoxically becoming a “barrier” to the rapid democratic transformation of the state and society. Legitimate purposes could therefore be more easily imposed in a situation of “state and law discontinuity”⁵⁷. This certainly applies to the period immediately following the transition, but many years later the adoption of such measures can no longer be explained by referring to the rule of law. At the same time, the role of constitutional courts in transitional circumstances is highly sensitive and significantly different from other cases, especially in the former communist countries where for example these courts are not adequately respected – and their relevance not fully understood – by politicians and general public⁵⁸.

In the EU integration issues, a possible violation of the principle of the rule of law has been invoked by applicants, but the courts have mostly upheld – under certain conditions – the validity of European law, while references to the rule of law have been used to threaten the activation of the counter-limits or safeguards.

The emphasis on values such as human dignity, freedom, and justice, and on principles such as popular sovereignty, the rule of law, and representative democracy, is more important for these courts than

for those of the oldest democracies⁵⁹. If these aspects were more evident in the first years after transition, as states distanced or defended themselves from a past that was only recently abandoned, after them there are the remains of that past and previous decisions that continue to be seen as the hallmarks of constitutional law or, paradoxically, the principles are invoked by courts defending themselves from European interference. The emphasis on the rule of law has not diminished over time, and this means either that there is a greater primary sensitivity to these values, or that these democracies are still partially in transition⁶⁰.

After so many years following the transition to democracy, can we still categorize these countries in a single nucleus, or can we extend the comparisons in a transverse way as various different authors suggest?⁶¹ Indeed, as we have seen, the challenges faced by these countries, and therefore by these constitutional courts, are obvious (especially the emphasis on values and regime discontinuity), although they have different nuances. At the same time, if the issues stemming from the past are peculiar to these countries, other issues, such as the defence of constitutional identity, are now widespread among all the EU members. Indeed, both these courts⁶² and the courts of the older EU member states have referred to the same values when they have established boundaries on the penetration of EU law. All the members have asked for changes in perspective. Moreover, with the EU’s enlargement to the east, there has not only been a translation of principles, rules, and models from west to east, but also the opposite, although the scientific discussion on the latter aspect has been

⁵⁶In a case decided by a judgment of 24 October 1996, the first instance court focused on the principle of the non-retroactivity of criminal law. In that regard, as in the post-Nazi period, the court chose to give precedence to substantive justice or *Gerechtigkeit*, considered to be one of the fundamental principles of the rule of law. In the words of the court, the GDR put in place “an extreme state injustice” (*extremes staatliches Unrecht*); the subordination of the right to life of the individual to the national interest to prevent the crossing of the border put the written law behind the demands of political opportunity. It was therefore the most serious substantive injustice (*material schwerstes Unrecht*).

⁵⁷J. Malenovský, “Les lois de “lustration” en Europe centrale et orientale: une “mission impossible”?”, 13 *Revue québécoise de droit international* (2000) p. 188.

⁵⁸As noted, “In all of the so-called states in transition, there namely existed – to a greater or lesser extent – social and political realities that were different than the one in which the first constitutional courts were established after 1920 and in which the constitutional judiciary spread throughout Western Europe following the Second World War”. See E. Petrič, “The role of Constitutional Courts in the implementation of the rule of law in states in transition”, in Sovdat, *supra* n. 3, p. 172.

⁵⁹As stated by T. von Danwitz, “The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ”, 37 *Fordham International Law Journal* (2014) p. 1311 ff., the older member states have never been concerned about the protection of a principle that they took for granted, making a serious mistake because the protection of this principle is always at risk even in established democracies, and there is a need for strong judicial protection for it.

⁶⁰For example, when considering the stability of institutional relations, as the Slovak Constitutional Court affirmed in a 2014 decision (PL. ÚS 102/2011 of 7 May 2014): “...we still find ourselves in a transitional or post-transitional democracy, since we are still building and rebuilding the institutional system of public authorities...in times of post-transitional democracy it must be acknowledged that the legislator still seeks the optimal model of public authorities by identifying and correcting the shortcomings of the previous one...” The Court expressed a clear self-restraint towards the executive and legislative powers: “In times like these, the Constitutional Court must in a way exercise more self-restraint in interfering with the powers of the legislative assembly from its position of a negative legislator (even more so when the Court acts in the position of a positive legislator). This does not mean that the Court should renounce its role of the guardian of constitutionality; it merely means that the Court should in a sense be more prudent”.

⁶¹See Bobek 2015, *supra* n. 3.

⁶²Which were much more euro-friendly before they entered the EU; some years later, they began to defend themselves.

limited⁶³. In the end, the analogies among the courts of these countries are today perhaps less important (with exceptions) than the analogies existing among the old and the new courts, especially with reference to EU integration matters.

It is worth expressing some final thoughts on the rule of law and the EU. If one does not materialize it into a concrete rule, the principle of the rule of law is

hardly justiciable at the European level, although this is theoretically possible⁶⁴. On the other hand, the constitutional case law of the new member states indicates that the respect for this principle, even considered alone, is still crucial, because they have not overcome the post-communist syndrome, or because they still consider the protection of the principles to be relevant for their democratic consolidation.

*Статья поступила в редколлегию 20.06.2018.
Received by editorial board 20.06.2018.*

⁶³For example, see H. W. Micklitz, “Prologue: The Westernisation of the East and the Easternisation of the West”, in Bobek 2015, *supra* n. 10.

⁶⁴With regard to principles such as the rule of law, which are vague and subject to the assessment of national legal orders, the Court of Justice has always followed a rigid self-restraint. This is evident, for example, in the decisions on infringement proceedings against Hungary, where the reasoning was very technical and did not encourage the discovery of values, although all the debate around the proceedings was rich in disquisitions of a highly constitutional level. The Court of Justice’s approach to the rule of law at the European level is therefore necessarily different from that of the national constitutional courts. Please refer to von Danwitz, *supra* n. 59.

ОБЗОРЫ

REVIEWS

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КРУГЛЫЙ СТОЛ «АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ РАЗВИТИЯ ПРАКТИКИ МЕДИАЦИИ: ОПЫТ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ И РОССИИ»

INTERNATIONAL ROUND TABLE ON THE TOPIC «ACTUAL ISSUES OF MEDIATION PRACTICE DEVELOPMENT: EXPERIENCE OF THE REPUBLIC OF BELARUS AND RUSSIAN FEDERATION»



На базе юридического факультета Белорусского государственного университета 19 апреля 2018 г. состоялся Международный круглый стол «Актуальные вопросы развития практики медиации: опыт Республики Беларусь и России».

Мероприятие было организовано кафедрой гражданского процесса и трудового права юридического факультета БГУ в лице заведующего кафедрой О. Н. Здрок совместно с кафедрой гражданского процесса и Центром медиации Уральского госу-

дарственного юридического университета (далее – УрГЮУ) в лице доктора юридических наук, профессора кафедры гражданского процесса, директора Центра медиации, президента Межрегиональной палаты посредников (медиаторов) С. К. Загайновой при участии УПУ «Центр “Медиация и право”» при ОО «Белорусский республиканский союз юристов».

В работе круглого стола приняли участие представители Верховного Суда Республики Беларусь, Национального центра правовой информации Республики Беларусь, Министерства юстиции Республики Беларусь, Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь.

С приветственным словом к участникам мероприятия обратился декан юридического факультета БГУ, доктор юридических наук, профессор С. А. Балашенко.

С докладами выступили доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права и правового регулирования хозяйственной деятельности БГУ В. С. Каменков; доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского процесса, директор Центра медиации УрГЮУ, президент Межрегиональной палаты посредников (медиаторов) С. К. Загайнова; доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданско-правовых дисциплин Белорусского государственного экономического университета Т. С. Таранова; заместитель Председателя Верховного Суда Республики Беларусь, руководитель судебной коллегии по экономическим делам Верховного Суда Республики Беларусь Ю. В. Кобец; председатель Постоянной комиссии по законодательству Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь Н. В. Гуйвик; кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процесса УрГЮУ Е. А. Соломеина; кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой гражданского процесса и трудового права БГУ, медиатор, тренер медиаторов О. Н. Здрок; кандидат юридических наук, доцент, медиатор, тренер медиаторов, председатель Совета Центра УПУ «Центр “Медиация и право”» И. А. Бельская.

Участие в дискуссии приняли судья судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Беларусь С. А. Любецкая; главный специалист управления по обеспечению деятельности судебных коллегий Главного управления организационного и методического обеспечения судебной деятельности Верховного Суда Республики Беларусь А. В. Байдельдинова; главный специалист управления обобщения судебной практики Верховного Суда Республики Беларусь Л. Р. Крывчик; заведующий отделом по подготовке законопроектов и взаимодействию с Постоянной комиссией по законодательству Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь И. В. Колесень; начальник управления адвокатуры и лицензи-

рования юридической деятельности Министерства юстиции Республики Беларусь И. А. Целиковец; консультант управления адвокатуры и лицензирования юридической деятельности Министерства юстиции Республики Беларусь Е. А. Ильина; председатель Гомельской областной коллегии адвокатов С. И. Ефимович; адвокаты Гомельской областной коллегии адвокатов А. Н. Журавлева и Н. А. Тарасова; исполняющий обязанности директора УПУ «Центр “Медиация и право”» И. В. Орловская; медиатор, тренер, руководитель проекта «Медиация в ЗАГСax» УПУ «Центр “Медиация и право”» Д. В. Гурова; медиатор, тренер, директор Гродненского филиала УПУ «Центр “Медиация и право”» О. К. Шульга; медиатор, тренер Гродненского филиала УПУ «Центр “Медиация и право”» И. С. Хурс; заведующий лабораторией медиации и практической конфликтологии филиала РГСУ в г. Минске М. С. Бойко; доцент кафедры гражданского процесса и трудового права БГУ, кандидат юридических наук, доцент О. Н. Романова.

В рамках круглого стола были обсуждены актуальные вопросы правового регулирования и развития практики медиации в Республике Беларусь и Российской Федерации, в том числе модели эффективного взаимодействия судов, организаций, обеспечивающих проведение медиации, и медиаторов по реализации в процессе судопроизводства задачи по примирению участников процесса.

Доклад доктора юридических наук, профессора, заведующего кафедрой финансового права и правового регулирования хозяйственной деятельности БГУ В. С. Каменкова был посвящен истории развития медиации в Республике Беларусь.

Докладчик заострил внимание на получившем распространение в юридической литературе тезисе о зарождении медиации в XX в. в США. По мнению В. С. Каменкова, связывать медиацию с определенным государством в корне неверно, поскольку институт посредничества (привлечения третьего нейтрального лица для оказания содействия в урегулировании спора) имеет продолжительную историю. Как показывают древние исторические и литературные источники, применение медиации на территории Беларуси насчитывает не одну сотню лет: первое письменное упоминание о привлечении третьих лиц для участия в разрешении спора относится к началу XIII в. (ст. 33 Договора Смоленского, Витебского и Полоцкого княжеств с Ригой, Готландской землей и немецкими городами 1229 г.).

Докладчик акцентировал внимание на положительном опыте Республики Беларусь в сфере развития современной процедуры медиации. Если внимательно изучить становление института медиации в Республике Беларусь, то можно заметить творческие поиски нужной модели. Первоначально в системе хозяйственных судов было осуществлено

внедрение процедуры посредничества с участием работников аппарата суда. Проводились многочисленные мероприятия по разъяснению преимуществ посредничества как для судей, так и для сторон (лекции, семинары, выступления на заседаниях исполкомов различного уровня, включение в проекты их решений соответствующих разъясняющих норм и т. п.). Когда процедура посредничества была понята и воспринята участниками хозяйственного процесса, на законодательном уровне она была переименована в судебную медиацию и наполнена новым содержанием. После появился проект закона о медиации, который уже предусматривал не только судебную, но и внесудебную форму медиации.

Как отметил В. С. Каменков, необоснованно связывать развитие медиации исключительно с проблемой перегруженности судов. Имеются и иные объективные закономерности, в частности, потребности экономики. Не случайно в Республике Беларусь и Российской Федерации медиация стала активно использоваться судами при рассмотрении экономических дел.

Доклад доктора юридических наук, профессора, заведующего кафедрой гражданско-правовых дисциплин Белорусского государственного экономического университета Т. С. Тарановой был посвящен обоснованию необходимости выделения в системе гражданского процессуального права самостоятельного института – добровольного урегулирования споров по делам, возбужденным в суде, которая обусловлена закреплением в гражданском процессуальном законодательстве норм, направленных на использование медиации (ст. 61, 79, 92, 160, 262, 280, 285, 285-1 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь (далее – ГПК)) во взаимосвязи с другими способами урегулирования споров по делам, возбужденным в суде (заключением сторонами мирового соглашения, передачей спора на третейское разбирательство).

Самостоятельность данного института определяется спецификой процессуальных правоотношений, имеющих особенности основания возникновения, объекта, субъектного состава и содержания. Юридическим фактом, влекущим возникновение гражданских процессуальных правоотношений, связанных с добровольным урегулированием споров по делам, возбужденным в суде, является наличие соглашения между сторонами дела (о передаче спора на разрешение третейского суда, мирового соглашения, соглашения о применении медиации, медиативного соглашения) и направление в суд ходатайств об их рассмотрении. Объектом указанных гражданских процессуальных отношений выступает результат рассмотрения судом ходатайств сторон, основанных на заключенных соглашениях. Особенности субъектного состава данных процессуальных правоотношений обусловлены тем, что наряду с судом принимать участие в них могут

только стороны и третьи лица, заявляющие самостоятельные требования на предмет спора, выразившие свое волеизъявление на выход из процесса с учетом обстоятельств, указанных в соглашении. Содержание института добровольного урегулирования споров по делам, возбужденным в суде, составляют процессуальные правила, регулирующие действия субъектов процессуальных отношений в связи с проведением медиации, заключением мирового соглашения, передачей спора на рассмотрение третейского суда.

Таким образом, по мнению докладчика, обращение к судебной защите не прекращает, а предоставляет возможность добровольного урегулирования спора, в том числе путем использования механизма регламентации процессуальных действий суда, сторон (третьих лиц, заявляющих самостоятельные требования на предмет спора), если дело уже находится на рассмотрении в суде. Праву сторон корреспондирует соответствующая обязанность суда по принятию мер к их примирению, обусловленная целями и задачами, стоящими перед судом, его функциями в судопроизводстве.

Докладчик также отметила, что институту добровольного урегулирования споров по делам, возбужденным в суде, присущ межотраслевой характер, поскольку процессуальный порядок реализации права сторон на урегулирование спора в добровольном порядке в хозяйственном судопроизводстве имеет много общего с гражданским судопроизводством.

Заместитель Председателя Верховного Суда Республики Беларусь, руководитель судебной коллегии по экономическим делам Верховного Суда Республики Беларусь Ю. В. Кобец в докладе обобщил опыт экономических судов по развитию медиации и предложил некоторые меры по дальнейшему совершенствованию законодательства, регулирующего общественные отношения в данной сфере. Докладчик отметил, что расширение применения альтернативных способов внесудебного разрешения споров является одной из задач Плана совершенствования судебной системы на 2016–2020 гг. В экономических судах Республики Беларусь установился стабильный показатель по делам, урегулирование споров по которым происходит посредством судебного примирения и внесудебной медиации: около 15–20 %. В 2017 г. в примирительных процедурах в суде было урегулировано около 4 тыс. дел, что, по мнению докладчика, составляет резерв, который может и должен уйти в медиацию. Развитию медиации в настоящее время способствует активная позиция медиаторов и пропаганда экономическими судами положительных сторон данного института. Возможность использования медиации упоминается в определениях экономических судов, разъясняется в подготовительном заседании, готовятся памятки о медиации, которые рассылаются вместе с определениями судов при принятии ис-

ков, соответствующая информация размещается на стендах и электронном табло в судах.

Главной движущей силой в аргументации выбора в пользу медиации выступают полный возврат государственной пошлины и исполнимость соглашений. В суд поступает менее 20 % заявлений о выдаче исполнительного документа на принудительное исполнение медиативного соглашения и около 35 % – на исполнение соглашения о примирении. Повторно в суд в связи с недостижением медиативного соглашения по результатам медиации обращается около 5 % субъектов хозяйствования.

В качестве перспективных направлений развития медиации в Республике Беларусь Ю. В. Кобец определил организацию обучения судей и примирителей медиативным навыкам в целях эффективной реализации задач по примирению сторон, а также совершенствование законодательных механизмов, которые позволят вовлечь в медиацию большее число спорящих субъектов.

В частности, по мнению докладчика, требуют обсуждения следующие вопросы:

- о постепенном переходе к досудебной медиации по некоторым категориям споров (в первую очередь семейным, земельным, ряду гражданско-правовых и хозяйственных) как альтернативе претензионному порядку;

- предоставлении права судам на инициативную передачу споров в процедуру медиации по отдельным категориям дел при отсутствии возражений сторон по аналогии со ст. 156 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь (далее – ХПК);

- расширении сферы применения медиации и распространении возможности ее использования на дела, возникающие из административно-правовых и иных публичных правоотношений, дела особого производства, дела о банкротстве, о взыскании просроченной налоговой задолженности с неплатежеспособных субъектов;

- увеличении минимального порога ставок государственной пошлины за подачу заявления в суд при одновременном установлении льгот по оплате пошлины в случае использования медиации.

С точки зрения докладчика представляется необходимым:

- унифицировать подходы ГПК и ХПК к последствиям заключения соглашения о применении медиации и закрепить единый механизм оставления иска без рассмотрения с полным возвратом государственной пошлины при заключении такого соглашения;

- использовать институт медиации на всех стадиях судебного процесса, а не только до начала рассмотрения спора по существу.

Значительный резерв для внесудебной медиации, по мнению Ю. В. Кобца, находится в сфере деятельности нотариата. Как отметил докладчик,

с учетом опыта ряда зарубежных стран перспективным видится предоставление права нотариусам выдавать исполнительные документы на основе медиативных соглашений.

Председатель Постоянной комиссии по законодательству Палаты представителей Национального Собрания Республики Беларусь Н. В. Гуйвик остановилась на необходимости дальнейшего совершенствования законодательства о медиации в целях внедрения данного института в различные сферы правоотношений.

В силу недостаточности ресурсов для информированности населения о преимуществах и возможностях медиации нормы действующего законодательства о добровольном обращении граждан к ней неэффективны. В связи с этим осуществляется проработка законодательной инициативы по расширению полномочий суда в рамках направления сторон в медиацию.

Пунктом 10 Плана подготовки законопроектов на 2018 г., утвержденного Указом Президента Республики Беларусь от 10 января 2018 г. № 9, предусмотрена подготовка проекта Закона Республики Беларусь «Об изменении кодексов по вопросам медиации». Законопроектом предусматривается корректировка Гражданского и Гражданского процессуального кодексов Республики Беларусь, а также Кодекса Республики Беларусь о браке и семье.

В настоящее время при Министерстве юстиции Республики Беларусь создана рабочая группа, в которую вошли не только депутаты и представители заинтересованных органов, но также ученые и практикующие медиаторы.

Наибольший интерес у участников круглого стола вызвал опыт российских коллег, в частности, разработки уральской школы медиации по обучению судей, государственных служащих, уполномоченных по правам предпринимателей основам медиативной технологии.

Доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского процесса, директор Центра медиации УрГЮУ, президент Межрегиональной палаты посредников (медиаторов) С. К. Загайнова в своем выступлении отметила, что после принятия Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» законодательная работа не остановилась. На протяжении последних десятилетий в Российской Федерации отмечается рост числа обращений в суд за защитой нарушенных прав, свобод, законных интересов (по итогам 2017 г. каждый третий россиянин участвовал в суде), и в ситуации ежегодно возрастающей судебной нагрузки государство вынуждено предпринимать меры, направленные на оптимизацию правосудия, в том числе за счет расширения сферы и практики применения примирительных процедур.

Несмотря на все положительные моменты, темпы развития медиации в Российской Федерации, по мнению С. К. Загайновой, оставляют желать лучшего. Практика медиации пока не полномасштабна, активное ее развитие можно наблюдать лишь в отдельных регионах России (города Санкт-Петербург и Москва, Свердловская, Липецкая, Ростовская, Челябинская области, Красноярский, Пермский край). Причиной тому является целый ряд сложностей, с которыми сталкивается практическая медиация, в их числе прежде всего ментальные, связанные с неготовностью национального правосознания к восприятию нового института, а также несовершенство законодательства. В частности, существуют проблемы несогласованности сроков проведения медиации и рассмотрения гражданских дел в судах общей юрисдикции, непоследовательности законодательного решения вопроса о значении соглашения сторон о применении процедуры медиации до обращения в суд, отсутствия адекватных механизмов процессуального оформления результатов примирительной процедуры (медиации) в силу возможности выхода содержания медиативного соглашения за пределы правовой конструкции мирового соглашения.

В докладе С. К. Загайнова представила опыт деятельности Центра медиации УрГЮУ, который функционирует с 2009 г. как структурное подразделение Уральского государственного юридического университета и имеет статус научно-образовательного учреждения. С момента создания Центр медиации УрГЮУ осуществляет поиск и разработку национальной стратегии развития медиации, опираясь на особенности менталитета, правовой культуры и правовой системы, поскольку с учетом недорогого и быстрого (если сравнивать в международном масштабе) отечественного правосудия для Российской Федерации актуален поиск совершенно новых способов мотивации участников правоотношений для использования медиации в качестве альтернативного государственным судам способа урегулирования правовых споров. Особенность развития медиации в России – высокая роль двух социальных институтов, которые пользуются авторитетом у населения, – судов и вузов. Центр медиации УрГЮУ исходит из того, что именно через них должно осуществляться информирование населения о медиации.

Характеризуя уральскую модель, докладчик отметила, что она сформировалась по итогам первого в России правового эксперимента по внедрению медиации в гражданское судопроизводство, который был проведен Свердловским областным судом, Центром медиации УрГЮУ и Управлением судебного департамента по Свердловской области.

Суть модели заключается в активном вовлечении судейского сообщества в информационную работу по популяризации медиации среди участни-

ков правовых споров и проведении практических медиаций исключительно юристами. Как показали результаты эксперимента, разъяснение судьей права на урегулирование спора с участием посредника (медиатора) является наиболее эффективным способом информирования граждан, поскольку он имеет непосредственный контакт со всеми участниками судопроизводства, пользуется авторитетом и доверием. Вместе с тем подобный подход требует наличия у судей понимания сути процедуры медиации, ее возможностей и ограничений, освоения ими навыков определения медиабельности правового спора, разработки специальной методики разъяснения соответствующего права, поиска оптимальной формы передачи дела на медиацию с учетом требований гражданского процессуально-го законодательства.

Формирование соответствующих знаний и практических навыков судей осуществляется в рамках их обучения по специально разработанной Центром медиации УрГЮУ программе «Техники медиации в судебной деятельности». Пройдя специальную подготовку, судьи квалифицированно разъясняют участникам процесса их право на медиацию, проводят мероприятия по привлечению юридического сообщества к ее популяризации. Докладчик отметила, что в период формирования практики медиации важно обеспечить взаимопонимание между корпусом профессиональных медиаторов и судей, которое достигается путем обучения в единой «школе медиации».

Модель организации медиации после возбуждения дела в суде, предлагаемая Центром медиации УрГЮУ, базируется на сообщении судьей участникам процесса первичной информации о медиации с направлением их на информационно-оценочную встречу с медиатором. Для реализации указанной модели в судах открыты комнаты примирения, где дежурные медиаторы осуществляют консультирование сторон по вопросам медиации.

Использование избранной Центром медиации УрГЮУ стратегии продвижения медиации дает впечатляющие результаты, что демонстрирует, в частности, статистическая таблица, размещенная на сайте Липецкого областного суда: в ней отражено, что 30–40 % дел, направленных на медиацию, заканчиваются заключением мирового соглашения уже после проведения информационно-оценочной встречи. После проведения полноценной процедуры медиации следует учитывать так называемый отложенный эффект медиации, когда сама процедура завершается без заключения сторонами медиативного соглашения, но позднее в судебном разбирательстве происходит отказ истца от иска, признание иска ответчиком или заключение сторонами мирового соглашения. В результате из 1225 дел, которые в 2017 г. были направлены судьями Липецкой области на медиацию, назад вер-

нулись и были завершены вынесением судебного решения только 21 дело. При этом добровольное исполнение медиативных соглашений составляет 100 %. Средняя продолжительность процедуры медиации за последние 3 года составила 27 дней (при возможности отложения судебного разбирательства по законодательству Российской Федерации для проведения медиации до 60 дней).

Стороны медиативного процесса, участвующие в социологических опросах, проводимых Центром медиации УрГЮУ, отмечали, что предоставление информации о медиации именно судьями вызывало у них особое доверие к данной процедуре, а положительные результаты медиаций повышают в их глазах авторитет тех судей, которые рекомендовали им участие в ней.

Более подробно особенности подхода уральской школы медиации в вопросах ее преподавания для юристов раскрыла кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процесса, ведущий эксперт Центра медиации УрГЮУ Е. А. Соломеина. В ее выступлении было отмечено, в частности, что обучение судей медиативной технологии осуществляется в рамках специальной программы «Техники медиации в судебной деятельности». Их освоение осуществляется с отрывом от производства на основе тренинговой формы обучения с применением деятельностного подхода, направленного на формирование соответствующих практических навыков. Обучение охватывает вопросы коммуникативной, переговорной, конфликтологической и процедурной компетентности судей в сфере медиации и позволяет им в последующем эффективно разьяснять сторонам процесса их право на урегулирование спора в процедуре медиации, а также оказывать сторонам содействие в заключении мирового соглашения в повседневной деятельности.

По результатам Международного круглого стола участники сошлись во мнении, что представленный российскими коллегами опыт обучения судей медиативным технологиям и организации взаимодействия между судами и медиаторами заслуживает тщательного анализа на предмет возможности внедрения в соответствующую практику Республики Беларусь.

Доклад кандидата юридических наук, доцента, заведующего кафедрой гражданского процесса и трудового права БГУ О. Н. Здрок был посвящен опыту белорусских специалистов в вопросе разработки и обучения судей методике компетентного разьяснения сторонам процесса права на урегулирование спора в процедуре медиации. В докладе

были представлены результаты цикла семинаров, проведенных О. Н. Здрок для судей экономического суда г. Минска в феврале–марте 2018 г., под названием «Что необходимо знать и уметь судьбе, чтобы эффективно предложить сторонам медиацию». По мнению докладчика, вопрос о разработке методических указаний для судей по компетентному информированию участников процесса о возможностях внесудебного урегулирования спора в процедуре медиации связан с решением более глобального вопроса о роли суда в примирении сторон и способах взаимодействия судей с медиаторами.

Как указала О. Н. Здрок, целью обучения судей медиативным навыкам должно быть не интегрирование процедуры медиации в деятельность судьи, а обеспечение эффективного механизма делегированной модели медиации по спорам, находящимся на разрешении суда, при которой последний лишь рекомендует сторонам воспользоваться имеющейся у них возможностью внесудебного урегулирования спора, а непосредственное проведение процедуры медиации осуществляется медиаторами. Данный подход позволяет избежать принципиальной трансформации содержания судебной деятельности и выработать наиболее оптимальный вариант распределения функций между судом и медиаторами в вопросе содействия примирению участников правовых конфликтов, рационально использовать время судей и медиаторов.

Докладчик поддержала позицию российских коллег об организации механизма взаимодействия суда и медиаторов через использование известного в международной практике медиации института предварительной информационно-оценочной встречи с медиатором, которая будет рекомендоваться сторонам процесса судьей. Эта схема укладывается и в технологию медиации, предполагающей помимо медиатора и заинтересованных в урегулировании сторон также фигуру инициатора медиации как авторитетного лица, отличного от кандидатуры медиатора.

В конце своего выступления О. Н. Здрок представила вариант содержания сообщения судьи по вопросу разьяснения сторонам процесса их права на урегулирование спора в медиации, разработанный с применением теоретической концепции «коммуникативного квадрата» известного немецкого специалиста в области коммуникации Ф. Шульц фон Туна.

О. Н. Здрок¹

¹Оксана Николаевна Здрок – кандидат юридических наук, доцент; заведующий кафедрой гражданского процесса и трудового права юридического факультета Белорусского государственного университета.

Aksana M. Zdrok, PhD (law), docent; head of the department of civil procedure and labour law, faculty of law, Belarusian State University.

E-mail: ozdrok@mail.ru

**МЕЖДУНАРОДНАЯ НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ
«ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ И ЗАЩИТЫ
СУБЪЕКТИВНЫХ ПРАВ В КОНТЕКСТЕ ИННОВАЦИОННОГО
СОЦИАЛЬНО-ЭКОНОМИЧЕСКОГО РАЗВИТИЯ ОБЩЕСТВА»¹**

**INTERNATIONAL SCIENTIFIC AND PRACTICAL CONFERENCE
PROCEEDING «THEORETICAL AND APPLIED PROBLEMS
OF IMPLEMENTATION AND PROTECTION OF SUBJECTIVE RIGHTS
IN THE CONTEXT OF INNOVATIVE SOCIAL
AND ECONOMIC DEVELOPMENT OF THE SOCIETY»²**



В Белорусском государственном университете 20–21 апреля 2018 г. прошла международная научно-практическая конференция «Теоретико-прикладные проблемы реализации и защиты субъективных прав в контексте инновационного социально-экономического развития общества», посвященная

памяти доктора юридических наук, профессора, заслуженного юриста Республики Беларусь Николая Григорьевича Юркевича.

Проведение мероприятия имело теоретическое и прикладное значение для развития науки гражданского, хозяйственного, финансового, трудового и ряда других отраслей материального права, а также гражданского процессуального права. Научная значимость результатов конференции заключается в развитии представлений по актуальным аспектам и проблемам реализации и защиты субъективных прав в соответствующих отраслях частного и публичного права. Для науки гражданского права апробированные на данной конференции результаты исследований имели особую актуальность в свете проходящей в настоящее время работы по комплексному, а по целому ряду вопросов – концептуальному совершенствованию норм Гражданского кодекса Республики Беларусь. Для науки гражданского процессуального права плодотворными стали результаты анализа системы гражданского процессуального права и законодательства о гражданском и хозяйственном судопроизводстве в целях его кодификации. Практическая значимость конференции обусловлена тем, что положения и выводы, сформулированные в докладах ее участников, сопровождались конкретными предложениями и рекомендациями, которые могут

быть применены при разработке новых и совершенствовании действующих норм материального и процессуального права.

Конференция была организована юридическим факультетом БГУ совместно с Институтом переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета при поддержке ООО «ЮрСпектр».

Общее количество участников конференции составило 170 человек, 20 из них – представители зарубежных учреждений образования.

В мероприятии приняли участие представители БГУ, Белорусского государственного экономического университета, Гродненского государственного университета имени Янки Купалы, Академии МВД Республики Беларусь, Академии управления при Президенте Республики Беларусь, Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова (далее – МГУ), Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (далее – МГЮА), Омского государственного университета имени Ф. М. Достоевского, Уральского государственного юридического университета, Киевского национального университета имени Тараса Шевченко, Хмельницкого университета управления и права, Харьковского национального университета, Владивостокского филиала Российской таможенной академии, Тверского государственного университета, Кубанского государственного университета, Научно-исследовательского института частного права Каспийского университета.

В работе конференции также приняли участие представители Верховного Суда Республики Беларусь, Белорусской нотариальной палаты, Международного арбитражного суда при БелТПП, Национального центра законодательства и правовых исследований Республики Беларусь, Суда Евразийского экономического союза.

¹Посвящена памяти доктора юридических наук, профессора, заслуженного юриста Республики Беларусь Николая Григорьевича Юркевича.

²Dedicated to the memory of the doctor of science (law), full professor, the honored lawyer of Belarus Nikolai G. Yurkevich.



Работа конференции началась с пленарного заседания, которое прошло в здании Института переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции БГУ.

С приветственным словом к участникам конференции обратились декан юридического факультета БГУ профессор С. А. Балашенко и директор Института переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции БГУ профессор В. Н. Годунов.

Поскольку конференция была посвящена памяти доктора юридических наук, профессора, заслуженного юриста Республики Беларусь Николая Григорьевича Юркевича, в выступлении профессора кафедры гражданского процесса и трудового права БГУ кандидата юридических наук И. Н. Колядко описан вклад Николая Григорьевича в развитие белорусской юридической науки и правоприменительной практики. Жизненному пути ученого было посвящено выступление его дочери – заведующего сектором правового обеспечения социально-экономического развития Центра государственного строительства и права ГНУ «Институт экономики НАН Беларуси» кандидата юридических наук М. Н. Сатолиной.

На пленарном заседании выступили отечественные и зарубежные специалисты.

С докладом «Теоретические предпосылки единого Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь» выступил И. Н. Колядко, который на базе анализа развития законодательства о гражданском и хозяйственном судопроизводстве в качестве отраслей законодательства обосновал мнение о том, что его унификация привела к необходимости обеспечить единство отрасли процессуального права и законодательства. С учетом новелл судоустройства это стало не только теоретической, но и практической проблемой, которая должна решаться посредством кодификации. В будущем кодексе на основе теоретических традиций необходимо выделить общую часть, основанную на универсальных принципах, правилах и институтах, в том числе на институте мирового соглашения и различных формах примирения, а в особенной части – использовать современные теоретиче-

ские представления о постадийном развитии процессуальных отношений, существующих видах производства в суде первой инстанции, формах пересмотра судебных постановлений, порядке рассмотрения судом вопросов исполнительного производства и международного гражданского процесса. Как проблемные и необходимые для теоретического анализа поставлены вопросы о необходимости сохранения институтов подведомственности и подсудности гражданских, экономических и административно-правовых дел, внедрения института административного иска с целью приведения в соответствие с теоретическими представлениями о природе соответствующих дел в производстве из административно-правовых отношений и в особом производстве, о допущении различных видов приказного производства, расширения института процессуальных договоров для обеспечения многовариантности примирения, усиления активности суда по контролю за деятельностью сторон, а также обеспечения одновременного и системного изменения норм о судоустройстве и компетенции судов и несудебных правоприменительных органов.

Заместитель Председателя Верховного Суда Республики Беларусь А. А. Забара выступил на тему «О едином Гражданском процессуальном кодексе». В докладе обоснована необходимость унификации правосудия по гражданским и экономическим делам посредством создания единого кодекса, обозначены основные задачи, в том числе унификация процедур, процессуальных сроков, альтернативных примирительных процедур, внедрения электронного правосудия, совершенствование процедур проверки судебных постановлений. Предложено взять за основу структуру действующего Гражданского процессуального кодекса (далее – ГПК), но учесть новеллы Хозяйственного процессуального кодекса и при обосновании концепции единого кодекса в целом и его структуры обеспечить единство процессуальных и судоустроительных начал. Докладчик обозначил, что для выполнения задач кодификации потребуются значительные усилия представителей науки, судейского корпуса, других юридических профессий и кропотливая работа по принятию взвешенных решений, соответствующих теории и практике судопроизводства.

Профессор кафедры гражданско-правовых дисциплин Владивостокского филиала Российской таможенной академии доктор юридических наук Г. Н. Шевченко выступила с докладом «Судебная неустойка: понятие и практика применения». В докладе проанализированы новеллы Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) о взыскании неустойки в связи с неисполнением подтвержденных судом денежных обязательств при условии установления возможности исполнения. Анализ новелл ГК РФ сопровождался сравнением с иными мерами воздействия на должника, традиционными обеспечительными мерами, а также аналогичными институтами, применяемыми в исполнительном производстве за рубежом.

В докладе заведующего кафедрой финансового права и правового регулирования хозяйственной деятельности юридического факультета БГУ доктора юридических наук, профессора, заслуженного юриста Республики Беларусь В. С. Каменкова «Взаимодействие судов и медиаторов для повышения оперативности: в Беларуси и России (сравнительный анализ)» на основе анализа сроков проведения судебных процессов по гражданским и экономическим делам, принудительного исполнения судебных решений, возможности их продления, отложения совершения процессуальных действий в Беларуси и России и влияния деятельности медиаторов на сокращение сроков защиты права обоснована необходимость расширения взаимодействия судов и медиаторов, внедрения обязательной медиации по отдельным категориям дел с целью обеспечения оперативности в защите права.

В докладе заведующего кафедрой гражданского права БГУ кандидата юридических наук, доцента М. В. Мещановой «Нормы международного частного права в системе гражданского законодательства Республики Беларусь» на основе анализа подходов к систематизации законодательства в сфере международного частного права в различных странах обоснована целесообразность сохранения в Республике Беларусь норм международного частного права в рамках отраслевых кодифицированных актов. Отмечена необходимость совершенствования национального коллизионного регулирования гражданско-правовых, брачно-семейных и трудовых отношений с иностранным элементом.

Профессор кафедры трудового и хозяйственного права Международного университета «МИТСО» кандидат юридических наук К. Л. Томашевский выступил с докладом «Цифровая экономика и ее влияние на регулирование трудовых отношений». В работе с учетом тенденции расширения влияния на экономику новых форм коммуникаций и тенденции формирования цифровой экономики проанализировано их влияние на регулирование трудовых отношений. Отмечено, что для сферы трудовых отношений наиболее ценным и значимым

является решение прежде всего двух задач формирования в Республике Беларусь цифровой экономики: развитие человеческого капитала и электронной (дистанционной) занятости. Докладчик подробнее коснулся нововведений в законодательной базе формирования цифровой экономики в Беларуси, а также нескольких социально-экономических и юридических вопросов, непосредственно касающихся IT-сферы и трудовых отношений. Особое внимание в докладе уделено подпунктам 5.5–5.7 п. 5 Декрета Президента Республики Беларусь от 21 декабря 2017 г. № 8 «О развитии цифровой экономики», касающимся внедрения пакта о неконкуренции и ограничений, связанных с переманиванием работников организаций – резидентов Парка высоких технологий.

Участники конференции отмечали в своих докладах широту диапазона научных интересов Николая Григорьевича Юркевича, которые охватывали вопросы психологии, социологии, науки управления, гражданского и семейного права, гражданского процесса, трудового права, международного коммерческого арбитража.

После пленарного заседания работа конференции продолжилась в формате секций по следующим научным направлениям:

- общетеоретические и межотраслевые проблемы гармонизации средств реализации и защиты субъективных прав в контексте инновационного социально-экономического развития общества;
- теория и практика реализации и защиты гражданских субъективных прав;
- проблемы гармонизации реализации и защиты субъективных прав в сфере финансовых и хозяйственных отношений;
- теория и практика инноваций в реализации и защите трудовых и социальных прав;
- современные тенденции в развитии судебных, административных и альтернативных форм защиты субъективных прав.

Работу в рамках секционных заседаний участники конференции продолжили 21 апреля 2018 г.

На заседании секции «Общетеоретические и межотраслевые проблемы гармонизации средств реализации и защиты субъективных прав в контексте инновационного социально-экономического развития общества», модератором которой выступал заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета БГУ кандидат юридических наук, доцент С. А. Калинин, помимо докладов и сообщений были обсуждены общетеоретические и междисциплинарные проблемы, затронутые в пленарных докладах. Поддержана идея обеспечения верховенства конституционных положений посредством реализации не полностью отраженных в отраслевом законодательстве конституционных норм и в целом реализации принципов верховенства права по вопросам,

ставшим предметом анализа Конституционного Суда Республики Беларусь. В дискуссии как общий вывод сформулирован тезис о необходимости перехода от узкоотраслевого к комплексному подходу при кодификации как процессуального законодательства, так и законодательства о судостроительстве, а также развития методологии юриспруденции и кодификации в частности.

На заседании секции «Теория и практика реализации и защиты гражданских субъективных прав» состоялась многовекторная дискуссия, на которой доцентами Е. А. Салей, М. П. Короткевич, Д. Д. Ландо, Л. В. Царёвой были выделены наиболее актуальные направления в данной области.

Анализ выступлений и материалов в рамках работы данной секции позволяет подтвердить актуальность и своевременность проводимой в Республике Беларусь работы по совершенствованию гражданского законодательства, законодательства о браке и семье, законодательства в сфере международного частного права. Выявленные по результатам работы конференции актуальные направления научных исследований подтверждают целевую направленность работы над проектом Закона Республики Беларусь «Об изменении Гражданского кодекса Республики Беларусь», которая в соответствии с Указом Президента Республики Беларусь от 10 января 2018 г. № 9 «Об утверждении плана подготовки законопроектов на 2018 год» направлена на совершенствование норм Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК) с учетом практики его применения, закрепления новых институтов гражданского права, а также унификации гражданского законодательства государств – членов Евразийского экономического союза.

Опираясь на Национальную стратегию устойчивого социально-экономического развития Республики Беларусь на период до 2030 г., в которой весьма четко и однозначно выделены такие задачи, как разработка прогнозируемой, стабильно действующей нормативной правовой базы, повышение степени определенности законодательства, обеспечение единообразного толкования спорных вопросов, обсужден вопрос о роли ГК как основополагающего кодифицированного законодательного акта в сфере регулирования социально-экономических, имущественных отношений, основанных на свободе волеизъявления и равенстве участников при осуществлении ими своих гражданских прав как гаранта стабильности и единообразного толкования при регулировании таких отношений. С учетом специфики места ГК в национальной системе законодательства определены критерии допустимости и обоснованности экстренного изменения основ гражданско-правового регулирования, закрепленных в ГК (совокупности особой необходимости и экстраординарного характера изменений); обозначена проблема пакетного внесения измене-

ний в законодательство, недопустимости превращения ГК в «сервисный» нормативный правовой акт, подстраивающийся под иное законодательство, а не закладывающий основы его правового регулирования.

В контексте проблематики обеспечения прав и законных интересов субъектов гражданско-правовых отношений и расширения прямого применения принципов гражданского права как регулятора общественных отношений оценена добросовестность как общее требование к юридически значимому поведению. Обращено внимание на то, что принцип добросовестности имеет в настоящее время одностороннее понимание и применение, в частности, при отказе в защите нарушенного права в силу недобросовестного поведения и злоупотребления правом. Отмечено, что принцип добросовестности должен прослеживаться во всех элементах правовой системы и оказывать общее воздействие на развитие гражданского правоотношения, в связи с чем принцип добросовестности участников следует рассматривать не только как презумпцию позитивного поведения, но в первую очередь как обязанность участников гражданских отношений осуществлять свои права и исполнять обязанности в соответствии с правилами добросовестности.

Общая дискуссия о добросовестности получила развитие в частных вопросах, в том числе о недобросовестно полученном владении в привязке к проблематике приобретательной давности. Дана оценка достаточно распространенной в российских источниках позиции об отказе от такого условия давностного владения, как добросовестность, приведены весомые аргументы ее сохранения как важнейшего условия приобретения права собственности на вещь в силу давности, обеспечивающего стабильность гражданского оборота. При этом добросовестность приобретения следует рассматривать как незыблемое юридическое состояние, а добросовестность владения сводится к добросовестности его приобретения.

Принцип добросовестности проанализирован в привязке к вопросу о недействительности сделок и о существенных условиях договора. Предложено закрепить (по аналогии с Гражданским кодексом РФ) норму следующего содержания: «Сторона, принявшая от другой стороны полное или частичное исполнение по договору либо иным образом подтвердившая действие договора, не вправе требовать признания договора незаключенным, если заявление такого требования с учетом конкретных обстоятельств будет противоречить принципу добросовестности».

Вопрос обеспечения реализации субъективных гражданских прав был рассмотрен на основе анализа негативных обязательств, в настоящее время приобретающих все большее распространение на

практике, однако не получивших должного урегулирования в законодательстве. Выявлены причины, препятствующие распространению негативных обязательств в отечественном праве, в частности, нерешенность вопросов, касающихся соотношения негативного обязательства с правилами, содержащимися в ст. 8, 21 ГК (допустимость отказа от субъективного права, недопустимость отказа от правоспособности); отсутствие границ автономии воли при заключении договора с негативным содержанием. Развитие практики негативных обязательств должно основываться на выработке эффективной системы средств защиты кредитора, что требует адаптации как существующих средств защиты, так и создания новых, наиболее полно учитывающих специфику негативных обязательств, в частности, пресечения соответствующего действия должника на основе судебного решения.

Проблемным и фактически не исследованным в науке является вопрос о субъективном праве на финансовый актив, проблема реализации и защиты которого связана прежде всего с отсутствием единообразного понимания правовой природы такого права. Рассмотрены три варианта решения проблемы, в результате чего сделан вывод о том, что финансовые активы, будучи имуществом, выступают объектом права собственности без необходимости их приравнивания к вещам.

Обсуждены вопросы обеспечения и защиты принадлежащих гражданам личных неимущественных прав, в частности обеспечения правовыми средствами режима врачебной тайны. Определено, что правовая охрана врачебной тайны требует более детальной проработки обеспечения сохранности информации, ее составляющей: порядка приема и обработки листов нетрудоспособности; ограничения круга лиц, имеющих доступ к таким документам по месту работы гражданина (пациента); установления ограничения предоставления информации, составляющей врачебную тайну и носящей личный характер, третьим лицам без согласия пациента (уполномоченных лиц).

Актуальными остаются вопросы теории и правового регулирования положения публичных юридических лиц. Принципиальным является выбор модели правового регулирования, которая будет служить ориентиром в формировании национального законодательства о юридических лицах публичного права с учетом того, что структура и содержание такого законодательства должны основываться на конституционных принципах и особенностях государственного устройства, правовой системы и отношений собственности. В контексте совершенствования частноправового законодательства потребуются пересмотр норм, относящихся к организационно-правовым формам юридических лиц, праву собственности и иным вещным правам, существенная модернизация корпора-

тивного законодательства, норм об ответственности юридического лица за ущерб, причиненный третьим лицам должностными лицами и работниками в процессе осуществления деятельности от имени юридического лица или в связи с представительством его интересов.

Не осталась без внимания имеющая место в национальном законодательстве тенденция к расширению понятия «недвижимая вещь», в связи с чем поднят вопрос о понятии и видах недвижимых вещей. На основе сравнительного анализа обоснован вывод, что целесообразным является признавать в качестве недвижимой вещи только земельный участок. Все, что находится на нем, под ним или над ним, рассматривать вместе с земельным участком как одну недвижимую вещь.

Весьма востребованной сферой научных интересов выступает вещное право. Принцип неприкосновенности собственности уже не в состоянии в полной мере отразить специфику осуществления и защиты вещных прав в современном мире. Предложена система принципов вещно-правового регулирования, представленная следующими руководящими положениями: законность титула как первооснова вещно-правового регулирования; установление исчерпывающего перечня вещных прав и их содержательной нагрузки кодифицированным законом; соответствие закону, требованиям морали и интересам общества действий по осуществлению возможных правомочий; недопустимость свободного доступа к объекту права, а также действий третьих лиц, препятствующих осуществлению собственнических правомочий; принудительное прекращение права собственности только по основаниям, предусмотренным в кодифицированном законе, примененном в конкретном решении суда. Даны рекомендации законодателю о разграничении используемых как синонимичные конструкции категорий «ограничение» и «обременение» собственности. Установлено, что ограничение имеет место в отношении права собственности в целом или отдельных правомочий собственника, обременение в отношении имущества – объекта такого права, в связи с чем даны рекомендации по толкованию ст. 210, 268, 339-1 ГК, отдельных положений Закона Республики Беларусь от 22 июля 2002 г. № 133-З «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним» и др.

В целях более эффективной защиты субъектов права оперативного управления предложена новая редакция ст. 277 ГК в части уточнения условий допустимости изъятия имущества собственником. Обосновано, что закрепление в законодательстве критериев правомерного изъятия имущества собственником у субъекта иного вещного права позволит эффективнее использовать ст. 286 ГК в части защиты прав учреждений, казенных предприятий и государственных объединений.

Обсужден вопрос об общих тенденциях развития договорного права Беларуси, который в значительной степени предопределен введением в оборот новых договорных конструкций, таких, как опцион на заключение договора, опционный договор и других, заслуживающих внимания, при совершенствовании общих положений о договоре в ГК Республики Беларусь.

Традиционно востребованной является проблематика права интеллектуальной собственности. Ввиду развития информационных технологий актуальным является вопрос о цифровой индивидуализации (определении цифрового статуса физического лица) и угрозах, ею обусловленных. Особый интерес вызвала дискуссия об определении правового положения роботов и роли искусственного интеллекта (обоснованность наделяния роботов правосубъектностью, признания роботов субъектами авторских прав, правила возмещения вреда, причиненного роботами). Определение статуса электронного лица признано юридической предпосылкой участия физического лица в электронных (цифровых) правоотношениях. Логическим продолжением указанной дискуссии стало обсуждение проблематики гражданско-правовой ответственности в информационной сфере, а именно видов и содержания ответственности субъектов информационных отношений. Рассмотрены вопросы возмещения так называемого информационного вреда, привлечения к ответственности за вред, причиненный источниками повышенной опасности или их взаимодействием, если правонарушители занимаются разработками и внедрением новейших технологий в области совершенствования человека, среды его обитания и его организма.

В целях активизации законопроектной деятельности в сфере регулирования отношений, возникающих в связи с правовой охраной и использованием отдельных объектов интеллектуальной собственности, особое значение приобрела оценка эффективности предлагаемых изменений. В частности, обоснована необходимость кардинального изменения Закона Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 214-З «О правовой охране топологий интегральных микросхем» в связи с наличием физических особенностей объекта правовой охраны, а также существенным изменением процессов проектирования топологий интегральных микросхем и изготовления конечного продукта в корпусе. Предложено скорректировать легальное определение топологии интегральной микросхемы (результат проектирования систем на кристалле, содержащих миллионы полупроводниковых структур и микросистем, объединяющих на одной подложке устройства обработки информации, микро- и нанодатчики (температуры, давления, ускорения, скорости потока, состава веществ и др.)) и микроэлектромеханические системы (МЭМС) (микродвигатели, ми-

кронасосы, микросмесители, микрозажимы и т. д.). Признано нецелесообразным сохранение норм о приоритете указанного объекта интеллектуальной собственности и предоставление охраны на основании регистрации топологии в Государственном реестре топологий интегральных микросхем государственным учреждением «Национальный центр интеллектуальной собственности». Поскольку в домашних условиях проектирование топологий интегральных микросхем невозможно, они априори являются служебными, что требует изменения подхода к субъектному составу отношений, связанных с проектированием и изготовлением топологий интегральных микросхем. Поднят вопрос о соотношении понятий под названием «Географическое указание» и «наименование места происхождения товара» и обоснована целесообразность введения в странах ЕАЭС дополнительного, подлежащего государственной регистрации, объекта интеллектуальной собственности «географическое указание». В качестве оптимального предложен вариант сохранения в национальном законодательстве Республики Беларусь и Российской Федерации, а также в Договоре о ЕАЭС понятия «наименование места происхождения товара» в качестве регистрируемого обозначения для товаров с особым качеством, репутацией или иными свойствами, обусловленными исключительно или главным образом их географическим происхождением, включая природные и (или) людские факторы без предъявления требования об известности такого обозначения. При этом понятие «географическое указание» предлагается сохранить без изменения его значения.

Поставлен вопрос об эффективности режима нераскрытой информации, обеспечение защиты прав обладателя которой предполагает четкое разграничение понятий «коммерческая тайна» и «инсайдерская информация». Сделан вывод о том, что сведения, в основе которых лежит финансовая информация о сделках с ценными бумагами и их эмиссией, одновременно могут являться и коммерческой тайной, и инсайдерской информацией. Вместе с тем понятие «коммерческая тайна» полностью поглощает понятие «инсайдерская информация». Для обеспечения правовой охраны сведений, входящих в состав инсайдерской информации, необходимо установление в отношении них режима коммерческой тайны.

В свете основных направлений развития законодательства с учетом экономических аспектов управления интеллектуальной собственностью, унификации подходов в правовом регулировании охраны различных объектов интеллектуальной собственности, увеличения кодифицированной составляющей законодательства, обеспечивающей системность и комплексность регулирования отношений в сфере интеллектуальной собственности, определенных в Стратегии Республики Беларусь

в сфере интеллектуальной собственности на 2012–2020 гг., утвержденной Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 2 марта 2012 г. № 205, 11 июля 2013 г. проведена оценка изменения сложившейся системы прав на объекты интеллектуальной собственности. Общее для всех результатов интеллектуальной деятельности правило об определении природы прав на них перестало применяться в отношении секретов производства (ноу-хау). При этом предложенный законодателем вариант формулирования такого исключения и определения содержания права на ноу-хау критиковался как создающий предпосылки для неоднозначного толкования п. 1 ст. 983 ГК. Законодатель не предложил на уровне ГК норм, опосредующих отчуждение права на ноу-хау. В силу ст. 1012 ГК распоряжение имеет место не в отношении права, а только в отношении сведений, составляющих объект интеллектуальной собственности: лицо, обладающее секретом производства (ноу-хау), может передать все или часть составляющих его сведений другому лицу по договору. Критике была подвергнута попытка ввести иные договорные конструкции, предпринятая в Положении о порядке и условиях государственного стимулирования создания и использования объектов права промышленной собственности, утвержденном Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 6 марта 1998 г. № 368 (в новой редакции от 19 февраля 2010 г.). Поскольку имущественный характер права на защиту сведений от незаконного использования вызывает сомнения, а отчуждаемость указанного права исходя из норм ГК не предполагается, сделан вывод о невозможности проведения оценки стоимости такого права и неправомерности его внесения в качестве неденежного вклада в уставный фонд организации.

Проблема отчуждаемости прав на объекты интеллектуальной собственности исследовалась и в контексте наследования имущественных прав на объекты интеллектуальной собственности. Несмотря на существующее доктринальное деление субъективных прав в данной сфере на личные неимущественные и имущественные, дискуссионным признан вопрос о том, какие именно права могут переходить по наследству. Целесообразным признано определение природы всех прав, возникающих в рамках процедуры приобретения исключительного права, в частности, на изобретение и в результате такого приобретения. Определены и иные права, природа которых не определена в законодательстве, а именно: право преждепользования, право послепользования, право на восстановление действия патента, если действие патента было прекращено вследствие неуплаты в установленный срок патентной пошлины. Рекомендовано определить в соответствующих законах имущественный характер права на получение патента на изобретение, полезную модель, про-

мышленный образец, сорт растения, право на подачу заявки на регистрацию топологии интегральной микросхемы. При этом предложено решить и ряд иных задач, связанных с проблемами оформления наследственных прав на данное право, отчуждения права на получение патента и права на подачу заявки по договору.

В рамках обсуждения специфики защиты прав на объекты интеллектуальной собственности рассмотрен вопрос о том, может ли лицензиат применять предусмотренные законодательством средства защиты в отношении третьих лиц, нарушающих исключительное право на объект интеллектуальной собственности, право использования которого предоставлено ему на основании лицензионного договора. Анализ природы исключительной лицензии позволил сделать вывод о том, что ее суть состоит в наделении лицензиата абсолютным по своей природе правом использования объекта интеллектуальной собственности, что предполагает наличие у него правомочий на защиту предоставленного ему права в отношении третьих лиц. В связи с этим рекомендовано внести изменения в ст. 985 ГК для признания за лицом, являющимся лицензиатом в договоре исключительной лицензии, права на применение тех же способов защиты, которыми наделяется сам обладатель исключительного права.

Востребованность практикой предопределила актуальность исследования такого способа защиты исключительных прав, как компенсация. Высказано предложение расширить сферу применения компенсации как способа защиты прав на объекты интеллектуальной собственности, поскольку возмещение убытков, альтернативное компенсации, не обеспечивает в должной мере защиту прав, а компенсация обладает рядом преимуществ по сравнению с таким способом, как возмещение убытков: при взыскании компенсации не требуется доказывать факт причинения убытков; размер компенсации может превышать размер причиненных в результате нарушения убытков. Предлагаемый подход способствует установлению единообразия в сфере гражданско-правовой ответственности за нарушение прав на объекты интеллектуальной собственности и созданию условий для эффективной защиты соответствующих прав.

Весьма актуальным является вопрос реформирования национального жилищного законодательства, оптимизировать которое предлагается посредством сочетания двух форм систематизации: путем его кодификации и консолидации (ряд институтов будет регулироваться Жилищным кодексом, другие в качестве базовых актов будут иметь консолидированные комплексные законы). При этом систематизацию следует осуществлять поэтапно, сконцентрировав первоначальные усилия на подготовке новой редакции Жилищного кодекса Республики Беларусь.

В рамках блока вопросов семейного права выявлены актуальные проблемы правового регулирования имущественных отношений супругов, защиты прав супругов при совершении гражданско-правовых сделок. Предложено включить в законодательство императивные нормы, регламентирующие лимит кредитования без получения согласия супруга на наличие долговых обязательств другого супруга перед третьими лицами. Не оставлена без внимания проблема оформления прав супругов при наследовании имущества. Обозначена нецелесообразность предусмотренной в законодательстве возможности получения свидетельства о праве собственности не только на имя пережившего супруга, но и на имя умершего супруга. Предложено законодательно закрепить обязательность оформления пережившим супругом свидетельства о праве собственности и исключить нормы о возможности выдачи свидетельства о праве собственности на имя умершего супруга.

Отдельное внимание уделено установлению правовой связи между родителями и детьми. Определено, что документальное подтверждение происхождения ребенка от определенного лица является необходимым условием для внесения сведений о родителях в актовую запись о рождении ребенка, при этом совокупность обстоятельств, доказывающих происхождение, может быть разной. Факт происхождения нуждается в документальном подтверждении и государственной регистрации. На основе анализа имеющихся место доктринальных подходов к установлению происхождения детей, рожденных в результате применения суррогатного материнства, сделан вывод о том, что реализованный в действующем законодательстве Республики Беларусь подход к регулированию суррогатного материнства в наибольшей степени защищает права лиц, обратившихся к услугам суррогатной матери и отвечает интересам ребенка, рожденного при помощи соответствующей процедуры.

В условиях инновационного социально-экономического развития общества и решения проблемы демографической безопасности Республики Беларусь актуальным направлением развития законодательства остается законодательство о вспомогательных репродуктивных технологиях (ВРТ). В силу своей специфики договорные отношения, возникающие при использовании ВРТ, требуют специального правового регулирования. Возможности правового обеспечения надлежащего качества оказания услуг по договору оказания медицинских услуг по применению ВРТ обсуждались в ходе дискуссии.

В свете целевой направленности на интеграцию в рамках ЕАЭС обсуждены положения ряда постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации за 2017 г., содержащих разъяснения по новым категориям споров, связанных с защитой семейных прав граждан. Поставлен вопрос о значе-

нии и юридической силе кодифицированных актов в сфере регулирования семейных правоотношений. Сделан вывод о том, что институт аналогии закона призван восполнять существующие пробелы в механизме правового регулирования семейных отношений, но это не должно противоречить существу данных отношений.

В рамках секции обсуждены отдельные направления развития международного частного права. Предметом обсуждения выступили вопросы систематизации норм международного частного права, совершенствования коллизионного законодательства Республики Беларусь, а также современные тенденции коллизионного регулирования отдельных видов трансграничных правоотношений.

Несмотря на широкое признание автономной систематизации норм международного частного права для Республики Беларусь, обоснована целесообразность сохранения норм международного частного права в отраслевых кодифицированных актах. При этом бесспорной является необходимость осуществления поэтапной систематизации международного частного права Республики Беларусь, которая на сегодняшний день должна заключаться в совершенствовании соответствующего правового регулирования, а также в формировании позиции по вопросу применимости общих положений международного частного права к коллизионному регулированию, содержащемуся в актах различной отраслевой принадлежности.

Анализ коллизионного законодательства Республики Беларусь о юридических лицах продемонстрировал наличие ряда пробелов и недостатков, требующих внимания законодателя. Актуальным в контексте совершенствования законодательства видится легальное закрепление сферы действия закона юридического лица в ГК, что позволит обеспечить единообразные подходы к определению применимого права к юридическим лицам и к правоотношениям, регулируемым иными статутами. При отсутствии указанной нормы результат может быть достигнут только посредством обеспечения свободного доступа к судебным решениям, что позволит выявить позицию суда по разграничению смежных статутов.

Современные тенденции коллизионного регулирования обсуждались применительно к регламентации внедоговорных обязательств. В указанной сфере в последние десятилетия происходит ограничение действия традиционного определения подлежащего применению права на основании критерия места причинения вреда (*lex loci delicti*) в пользу специальных коллизионных привязок либо гибких коллизионных норм. Кроме того, в сфере внедоговорных обязательств все большее значение приобретает тенденция расширения автономии воли сторон в выборе применимого к их отношениям права. Указанные новейшие международные тенденции

коллизии регулирования восприняты российским законодателем при принятии Федерального закона от 30 сентября 2013 г. № 260-ФЗ «О внесении изменений в часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации». Анализ новелл был представлен на примере коллизии регулирования ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги и обязательств, возникающих вследствие неосновательного обогащения. Опыт российского законодателя может быть учтен в ходе модернизации национального коллизии регулирования внедоговорных обязательств.

В контексте обсуждения проблематики сближения законодательства, предопределяемого развитием интеграционных процессов и трансграничных отношений с участием государств, обсуждался вопрос о целесообразности присоединения Республики Беларусь к Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (заключена в г. Нью-Йорке 2 декабря 2004 г.). В ходе дискуссии сделан вывод о том, что участие в названной конвенции будет не только служить интересам развития экспортного потенциала Республики Беларусь, но и поспособствует утверждению принципа юридической определенности в частноправовых отношениях с участием государства.

В работе секции «Проблемы гармонизации реализации и защиты субъективных прав в сфере финансовых и хозяйственных отношений», по информации модераторов С. К. Лещенко и О. М. Куницкой, состоялась дискуссия по ряду вопросов.

В части выявления и разрешения проблем гармонизации реализации и защиты субъективных прав в сфере хозяйственных отношений обсуждены правовые механизмы создания благоприятных условий осуществления экономической деятельности.

В докладе доцента, заведующего кафедрой предпринимательского и энергетического права Казанского (Приволжского) федерального университета А. В. Михайлова выявлены и описаны проблемы охраны прав субъектов экономической деятельности, касающиеся введения должности уполномоченных по защите прав предпринимателей, создания механизма превентивной охраны прав и законных интересов субъектов экономической деятельности, наличия четких прозрачных процедур государственного управления, эффективных способов урегулирования споров, устранения коррупции и т. д. Обоснована необходимость выработки единой концепции правового регулирования экономических отношений, закрепления правового режима новых объектов и новых технологий. Гармонизация межотраслевых связей в предпринимательском праве – одно из главных условий эффективности его норм.

По мнению кандидата юридических наук, доцента Академии МВД Республики Беларусь В. В. Па-

ращенко, решение проблем реализации и защиты прав инвесторов на территории Республики Беларусь выступает в качестве элемента формирования благоприятного инвестиционного климата страны. В связи с этим при осуществлении инвестиций должны быть учтены следующие условия: эффективность двухуровневой системы защиты инвестиций, реализации концепции страхования инвестиций от рисков, приоритет не льготам и преференциям, а гарантиям прав инвесторов. Аспирант БГУ И. И. Петухов из анализа инвестиционного законодательства государств – участников ЕАЭС сделал вывод о различных национальных правовых режимах иностранных инвестиций, несмотря на включение государств в единое экономическое пространство. Существующие различия могут быть устранены с помощью межгосударственной унификации законодательства в рамках деятельности ЕАЭС с учетом выявления оптимальных подходов правового регулирования инвестиционных отношений.

В докладе доцента кафедры хозяйственной деятельности юридического факультета БГУ кандидата юридических наук О. М. Куницкой затронуты вопросы установления и развития конкуренции в электроэнергетической сфере экономической деятельности посредством использования такого правового инструмента, как система гражданско-правовых договоров на оптовом и розничном рынках электроэнергии.

Доцентом кафедры гражданского права юридического факультета БГУ кандидатом юридических наук Е. А. Свадковской предложено совершенствовать механизмы управления государством своим имуществом через управляющие компании холдингов с участием государства, в том числе в части нормативных правовых актов, регулирующих участие государства в управлении хозяйственными обществами.

Кроме того, обсуждены некоторые проблемы финансовых отношений.

Обращено внимание на то, что доктрина должной осмотрительности, используемая в мировой практике для минимизации отрицательных последствий во взаимоотношениях с проблемными контрагентами, нашла частичное закрепление в отечественном законодательстве (подпункт 1.9 п. 1 Указа Президента Республики Беларусь от 23 октября 2012 г. № 488 «О некоторых мерах по предупреждению минимизации сумм налоговых обязательств»). Государственная политика в сфере борьбы с лжепредпринимательскими структурами привела к тому, что развитие концепции должной осмотрительности в Беларуси идет по пути углубления проверки субъектами хозяйствования своих контрагентов, которое трансформируется в полноценное расследование их деятельности. Не обладая публично-правовой компетенцией, ор-

ганизации и индивидуальные предприниматели вынуждены нести бремя контрольных функций государства, которые невозможно реализовать должным образом, используя общедоступные сведения и ресурсы (выписки из ЕГРЮЛ, раздел «Сведения о бизнес-партнере» сайта Министерства по налогам и сборам Республики Беларусь, ресурс «Проверка контрагента» в справочной правовой системе «КонсультантПлюс»). Необходимо разработать и законодательно закрепить критерии должной осмотрительности субъектов хозяйствования в отношении своих контрагентов, установить перечень конкретных действий, совершение которых исключало бы претензии контролирующих органов и неопределенность налоговых последствий.

Защита субъективных прав налогоплательщиков представляет собой систему, включающую в себя такие взаимосвязанные и взаимообусловленные элементы, как средства защиты (жалобы, иски и иные виды обращений налогоплательщиков), способы защиты (порядок осуществления действий налогоплательщиков и иных субъектов), меры защиты (решения налоговых и судебных органов, принимаемые по результатам рассмотрения обращений налогоплательщиков). В целях установления единообразия в использовании специальной терминологии в налоговых отношениях следует различать понятия *способ* защиты субъективных прав налогоплательщиков и *средства* защиты прав. Налоговый кодекс предусматривает два *способа* защиты прав налогоплательщиков: административный и судебный. Действующим российским законодательством предусмотрено право налогоплательщика использовать два механизма реализации досудебной процедуры разрешения налогового спора, различающихся по срокам подачи жалобы и юридическим последствиям действий налогоплательщиков. *Средствами* защиты его прав выступают апелляция жалоба и надзорная жалоба. Административный порядок защиты прав налогоплательщика включает в себя институт подачи жалобы, институт оставления жалобы без рассмотрения, институт рассмотрения жалобы по существу и принятия решения по ней. Такую же функциональную структуру имеет и судебный порядок защиты прав налогоплательщиков.

В юридической науке дискутируются вопросы *альтернативных форм* защиты прав налогоплательщиков, которые в силу публично-правового характера финансовых правоотношений, особенностей правовой системы не вполне реализуемы. Медиация, применяемая в зарубежных странах, имеет ограниченную сферу (например, только размер налоговой задолженности в США). Медиацию в налоговых отношениях в России может заменить

институт налогового аудита, функционирующий в рамках системы налоговых органов. При этом не следует относить к альтернативным способам разрешения споров налоговый мониторинг и заключение соглашения в судебном процессе по налоговому спору. Первый относится к налоговому контролю, заключение соглашений без изменения условий налогообложения, установленных законодательными актами, позволяет лишь скорректировать объем налоговой обязанности с учетом смягчающих обстоятельств или ранее не принятых во внимание расходов.

В работе секции «Теория и практика инноваций в реализации и защите трудовых и социальных прав» (модераторы – кандидаты юридических наук, доценты О. С. Курылёва, Е. В. Мотина и Т. М. Петоченко) были заслушаны и обсуждены доклады и выступления ученых, преподавателей, практикующих юристов. По итогам работы секции подготовлены рекомендации по совершенствованию проекта закона «О внесении изменений в Трудовой кодекс Республики Беларусь» (далее – Проект), который представлен в Палату представителей Национального собрания Республики Беларусь для рассмотрения в первом чтении 19 марта 2018 г. с целью усовершенствования защиты трудовых и социальных прав.

Участники конференции считают, что Проект нуждается в существенной доработке в силу того, что он:

- не в полной мере отвечает целям защиты трудовых и социальных прав;
- не в полной мере отвечает целям гармонизации законодательства стран – участников Евразийского экономического союза;
- снижает уровень защищенности работника.

В ряде выступлений обозначены проблемы защиты трудовых прав по действующему законодательству Республики Беларусь. Проблему применения сроков на обращения в суд в связи с незаконным увольнением или переводом и последующим взысканием морального вреда проанализировала О. С. Курылёва. Вопросы соотношения морали и права при увольнении работника за публикацию им в социальных сетях изложены в докладе ее коллеги Е. В. Мотиной, а анализу принципов и функций правового стимулирования наемного труда и их реализации при осуществлении прав работника посвятила свой доклад Т. М. Петоченко. Множественность понимания законного интереса в трудовом праве рассмотрена О. Л. Нихайчик.

Актуальные вопросы российского законодательства о профсоюзах осветил доцент Уральского государственного юридического университета (далее – УрГЮУ) А. В. Сивопляс, а принципы разрешения коллективных трудовых споров государств – чле-

нов Евразийского экономического союза в аспекте преемственности и унификации – доцент А. В. Ясинская-Казаченко.

Ряд фундаментальных для развития правосудия проблем обсуждался на секции «Современные тенденции в развитии судебных, административных и альтернативных форм защиты права» (модераторы – Т. А. Белова, И. Н. Колядко и В. П. Скобелев).

Доцент кафедры гражданского процесса МГУ В. В. Аргунов акцентировал внимание на необходимости развития полифункциональных начал в современном судопроизводстве, которые предполагают не только классическое судебное разбирательство, но и дальнейшее развитие разнообразных упрощенных производств, согласительных и примирительных процедур, судебной медиации и др. Это направление совершенствования правосудия было поддержано заведующим кафедрой гражданского процесса и трудового права юридического факультета БГУ кандидатом юридических наук, доцентом О. Н. Здрок и дополнено предложением расширить круг и виды примирительных процедур в судах. Доктор юридических наук, профессор УрГЮУ С. К. Загайнова поделилась опытом применения примирительных процедур в России, проанализировала тенденции расширения форм примирения (возможность ведения судебной медиации, расширения круга медиаторов за счет судей в отставке, признания медиации видом юридической помощи).

Широко обсуждались возможности и пределы внедрения альтернативного урегулирования споров в дискуссии по докладу доцента МГЮА Е. Г. Стрельцовой, которая поддержала необходимость развития альтернативных методов, включая саморегулирование в различных сообществах, а также обозначила проблемы проведения медиации и исполнения принятых решений. Идеи альтернативных форм защиты поддержала профессор МГУ Е. А. Борисова, которая раскрыла пути их закрепления в законодательстве Российской Федерации.

В меньшей степени обсуждались проблемы третейского разбирательства. Однако были обсуждены проблемы злоупотребления процессуальными правами в арбитраже (кандидат юридических наук, доцент БГУ А. С. Данилевич), проблемы внедрения

третейского разбирательства в корпоративные отношения и иные виды правоотношений (кандидат юридических наук из МГЮА Д. Ю. Ионова).

Значительное внимание было уделено анализу апелляционной формы проверки судебных постановлений с учетом новелл ГПК Беларуси и практики судов России. Профессор кафедры гражданского процесса и трудового права юридического факультета БГУ Т. А. Белова выделила отличительные черты новой апелляции по сравнению с элементами апелляции в кассационном производстве. Доцент этой же кафедры В. П. Скобелев обозначил некоторые упущенные возможности в силу изменения вида апелляции, доцент Российского государственного университета правосудия С. И. Князькин проанализировал проблему выбора оптимальной модели апелляционного суда в гражданском и административном судопроизводстве России, а его коллега, кандидат юридических наук Н. Д. Грибов – тенденции оптимизации апелляционного обжалования.

Отдельным направлением дискуссии были вопросы защиты общественных интересов России (доцент Д. М. Туманов), группового иска (Д. И. Шандурский), назначение экспертизы в России (М. С. Новасардова) и тенденции развития процессуального законодательства России в целом (заведующий кафедрой гражданского и арбитражного процесса Омского государственного университета имени Ф. М. Достоевского профессор Л. А. Терехова; доцент УрГЮУ Е. А. Соломеина). Участники дискуссии по этим проблемам от Беларуси (доценты Н. А. Бесецкая, И. М. Казей, Е. А. Михасева, Н. Н. Никонова, О. Н. Романова, старший преподаватель Е. А. Унукович и аспирант Б. С. Болохонов) обосновали возможность применения тех или иных новелл российского законодательства о судопроизводстве и исполнительном производстве для подготовки Единого ГПК Беларуси.

В ходе дискуссии были поддержаны принципиальные подходы к определению концепции Единого ГПК Беларуси.

Тезисы докладов участников конференции нашли отражение в сборнике³, который опубликован к началу мероприятия.

И. Н. Колядко⁴, Е. А. Салей⁵

³Теоретико-прикладные проблемы реализации и защиты субъективных прав в контексте инновационного социально-экономического развития общества : тезисы докладов Междунар. науч.-практ. конф., посвящ. памяти Н. Г. Юркевича (Минск, 20–21 апр. 2018 г.) / редкол.: О. Н. Здрок (отв. ред.) [и др.]. Минск : БГУ, 2018.

⁴Иван Николаевич Колядко – кандидат юридических наук, доцент; профессор кафедры гражданского процесса и трудового права юридического факультета Белорусского государственного университета.

Ivan N. Kolyadko, PhD (law), docent; professor at the department of civil proceeding and labor law, faculty of law, Belarusian State University.

E-mail: koliadko@tut.by

⁵Елена Анатольевна Салей – кандидат юридических наук, доцент; доцент кафедры гражданского права юридического факультета Белорусского государственного университета.

Elena A. Salei, PhD (law), docent; associate professor at the department of civil law, faculty of law, Belarusian State University.

E-mail: esalei@tut.by

СОДЕРЖАНИЕ

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО И АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

<i>Василевич Г. А., Василевич Д. Г.</i> Трансплантация органов и тканей человека: основы правового статуса донора и реципиента	3
<i>Каменков В. С.</i> От концепции до конкретного юриста и человека.....	12

ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

<i>Гусенцов А. О.</i> Комплексный подход в оказании помощи лицам, страдающим наркозависимостью: опыт Республики Беларусь и Австрийской Республики	19
---	----

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

<i>Козиков Ю. Е.</i> Взаимосвязанные сделки в рамках института крупной сделки хозяйственного общества.....	26
<i>Мецанова М. В.</i> Коллизионное регулирование вопросов усыновления и опеки (попечительства) над несовершеннолетними: сравнительно-правовой аспект.....	34
<i>Никонова Н. Н.</i> О некоторых гражданско-правовых аспектах уголовно-правовой конфискации с точки зрения исполнительного производства.....	43
<i>Протасовицкий С. П.</i> Содержание, объект и модели финансового частного правоотношения ...	54
<i>Скобелев В. П., Шахрай И. С.</i> О специфике земельных споров и некоторых проблемах их подведомственности судам	64

УГОЛОВНОЕ ПРАВО, УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

<i>Бибило В. Н.</i> Историко-правовые аспекты организации и функционирования органов досудебного производства по уголовному делу в Беларуси	78
---	----

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

<i>Ди Грегорियो Анжела.</i> Принцип верховенства права в конституционной юриспруденции бывших коммунистических стран: решения о правосудии переходного периода и европейской интеграции.....	84
--	----

ОБЗОРЫ

<i>Здрок О. Н.</i> Международный круглый стол «Актуальные вопросы развития практики медиации: опыт Республики Беларусь и России»	97
<i>Колядко И. Н., Салей Е. А.</i> Международная научно-практическая конференция «Теоретико-прикладные проблемы реализации и защиты субъективных прав в контексте инновационного социально-экономического развития общества»	103

CONTENTS

CONSTITUTIONAL LAW AND ADMINISTRATIVE LAW

<i>Vasilevich G. A., Vasilevich D. G.</i> Transplantation of human bodies and tissues: the bases of legal status of donor and recipient.....	3
<i>Kamenkov V. S.</i> From the concept to the concrete lawyer and the person.....	12

LABOUR LAW AND SOCIAL SECURITY LAW

<i>Gusentsov A. O.</i> Comprehensive approach in rendering assistance to persons affecting drug addiction: experience of the Republic of Belarus and the Austrian Republic	19
--	----

CIVIL LAW AND CIVIL PROCEDURE

<i>Kozikov Y. E.</i> Inter-related transactions within a framework of transaction with the substantial property.....	26
<i>Miashchanava M. V.</i> Conflict regulation of adoption and tutelage (guardianship) of minors: comparative law aspects.....	34
<i>Nikanava N. N.</i> On civil-law aspects of criminal-law confiscation from the point of view of the executive proceedings	43
<i>Pratasavitski S. P.</i> Substance, object and models of financial private legal relationship.....	54
<i>Skobelev V. P., Shakhray I. S.</i> On the specifics of land disputes and problems of their jurisdiction.....	64

CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE AND CRIMINALISTICS

<i>Bibilo V. N.</i> Historical and legal aspects of organization and functioning of bodies of pretrial proceedings in a criminal case in Belarus.....	78
---	----

INTERNATIONAL LAW

<i>Di Gregorio Angela.</i> The rule of law principle in the constitutional case law of the former communist countries: the decisions on transitional justice and european integration	84
---	----

REVIEWS

<i>Zdrok A. M.</i> International round table on the topic «Actual issues of mediation practice development: experience of the Republic of Belarus and Russian Federation».....	97
<i>Kolyadko I. N., Salei E. A.</i> International scientific and practical conference proceeding «Theoretical and applied problems of implementation and protection of subjective rights in the context of innovative social and economic development of the society»	103

Журнал включен Высшей аттестационной комиссией Республики Беларусь в Перечень научных изданий для опубликования результатов диссертационных исследований по юридическим наукам.

Журнал включен в библиографическую базу данных научных публикаций «Российский индекс научного цитирования» (РИНЦ).

**Журнал Белорусского
государственного университета. Право.
№ 2. 2018**

Учредитель:
Белорусский государственный университет

Юридический адрес: пр. Независимости, 4,
220030, г. Минск.
Почтовый адрес: пр. Независимости, 4,
220030, г. Минск.
Тел. (017) 259-70-74, (017) 259-70-75.
E-mail: jlaw@bsu.by

«Журнал Белорусского государственного
университета. Право» издается с января 1969 г.
До 2017 г. выходил под названием «Веснік БДУ.
Серыя 3, Гісторыя. Эканоміка. Права»
(ISSN 2308-9172).

Редактор *А. С. Люкевич*
Технические редакторы *Ю. А. Тарайковская,*
Т. А. Караневич
Корректор *А. С. Люкевич*

Подписано в печать 31.08.2018.
Тираж 100 экз. Заказ 272.

Республиканское унитарное предприятие
«Информационно-вычислительный центр
Министерства финансов Республики Беларусь».
ЛП № 02330/89 от 03.03.2014.
Ул. Кальварийская, 17, 220004, г. Минск.

© БГУ, 2018

**Journal
of the Belarusian State University. Law.
No. 2. 2018**

Founder:
Belarusian State University

Registered address: 4 Niezaliežnasci Ave.,
Minsk 220030.
Correspondence address: 4 Niezaliežnasci Ave.,
Minsk 220030.
Tel. (017) 259-70-74, (017) 259-70-75.
E-mail: jlaw@bsu.by

«Journal of the Belarusian State University. Law»
published since January, 1969.
Until 2017 named «Vesnik BDU.
Seryja 3, Gistoryja. Jekanomika. Prava»
(ISSN 2308-9172).

Editor *A. S. Lykevich*
Technical editors *Y. A. Taraikouskaya,*
T. A. Karanevich
Proofreader *A. S. Lykevich*

Signed print 31.08.2018.
Edition 100 copies. Order number 272.

Republican Unitary Enterprise
«Informatsionno-vychislitel'nyi tsentr
Ministerstva finansov Respubliki Belarus'».
License for publishing No. 02330/89, 3 March, 2014.
17 Kal'varijskaya Str., Minsk 220004.

© BSU, 2018